



Roj: **STS 1275/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:1275**

Id Cendoj: **28079130042018100153**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **4**

Fecha: **14/03/2018**

Nº de Recurso: **336/2016**

Nº de Resolución: **414/2018**

Procedimiento: **Recurso de Casación Contencioso-Administrativo (L.O. 7/2015)**

Ponente: **RAFAEL TOLEDANO CANTERO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ AND 16515/2016,**  
**ATS 1453/2017,**  
**STS 1275/2018**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

**Sala de lo Contencioso-Administrativo**

**Sección Cuarta**

**Sentencia núm. 414/2018**

Fecha de sentencia: 14/03/2018

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 336/2016

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 27/02/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Toledano Cantero

Procedencia: T.S.J.ANDALUCIA CON/AD SEC.1

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Oliver Sánchez

Transcrito por:

Nota:

R. CASACION núm.: 336/2016

Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Toledano Cantero

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Oliver Sánchez

## **TRIBUNAL SUPREMO**

**Sala de lo Contencioso-Administrativo**

**Sección Cuarta**

**Sentencia núm. 414/2018**

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, presidente



D. Segundo Menendez Perez  
D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva  
D<sup>a</sup>. Maria del Pilar Teso Gamella  
D. Antonio Jesus Fonseca-Herrero Raimundo  
D. Jose Luis Requero Ibañez  
D. Rafael Toledano Cantero

En Madrid, a 14 de marzo de 2018.

Esta Sala ha visto el recurso de casación núm. 336/2016, promovido por la Junta de Andalucía, representada y asistida por letrado de sus Servicios Jurídicos, contra la sentencia de 18 de octubre de 2016, dictada por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Sevilla, recaída en el recurso núm. 496/2015 .

Comparece como parte recurrida la Asociación de apoyo al medio ambiente, representada por la Procuradora D.<sup>a</sup> Olga Elena Coca Alonso y asistida por el letrado D. Aurelio León Andujar.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Rafael Toledano Cantero.

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** El presente recurso de casación se interpuso por la Junta de Andalucía, contra la sentencia de 18 de octubre de 2016, dictada por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Sevilla, estimatoria del recurso núm. 496/2015 formulado frente a la desestimación por silencio de la reclamación efectuada por la Asociación de apoyo al medio ambiente a la Consejería de Empleo, Empresa y Comercio de la Junta de Andalucía, relativa a la liquidación total de la concesión de una subvención para la realización de un proyecto de acciones formativas dirigidas a trabajadores desempleados.

**SEGUNDO.-** La sentencia de instancia estima el recurso contencioso-administrativo núm. 496/2015 y anula la disposición impugnada, en lo que aquí interesa, con el siguiente razonamiento:

«QUINTO.- En cuanto al fondo, considera la Administración que previo al pago debe existir una tarea de comprobación.

Tampoco este argumento puede ser aceptado, porque la potestad de comprobación existe siempre (claro está dentro del plazo de prescripción del artículo 39 de la Ley General de Subvenciones ), y lo que no es de recibo que se incumpla el plazo de resolución a la que está obligada la Administración (tres meses desde la reclamación), amparándose en la facultad de comprobación previa a la liquidación, para no pagar pese a estar obligada por la Orden Reguladora y Resolución de Concesión al pago y liquidación cuando se finalice y se justifique en cuantía superior al anticipo. Dicho extremo ni siquiera ha sido cuestionado por la Administración, por lo que de acuerdo con la Orden reguladora y Resolución de concesión debió abonar dicha cantidad en el plazo de tres meses desde que se solicitó dicha liquidación y pago conforme al artículo 34 de la Ley General de Subvenciones , artículo 88 de su Reglamento. Y ello, sin perjuicio de que la Administración pueda comprobar las condiciones asumidas por el beneficiario e iniciar si procediera un expediente de minoración o reintegro en caso de incumplimiento, toda vez que no se ha enjuiciado la corrección del cumplimiento de la acción formativa subvencionada ni la suficiencia de la documentación justificativa aportada.

Así pues, acreditado el cumplimiento de las obligaciones que incumbían al beneficiario, y que la subvención fue concedida y debió ser abonada, procede ahora la condena al pago tal como se reclama».

**TERCERO.-** Preparado el recurso en la instancia y emplazadas las partes para comparecer ante esta Sala, por auto de 27 de febrero de 2017 , la Sección de Admisión de esta Sala acuerda:

«Primero. Admitir a trámite el recurso de casación preparado por la representación de la Junta de Andalucía contra la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso- Administrativo (Sección Primera, sede de Sevilla) del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía en el procedimiento ordinario núm. 496/2015.

Segundo. Precisar, al igual que hicimos en el auto de esta Sección de 2 de febrero de 2017 (recurso núm. 92/2016 ), que las cuestiones en las que se entiende que existe interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia son las atinentes a si una vez otorgada una subvención mediante resolución firme en la que se condiciona el pago total de su importe a la justificación de ciertas condiciones, la petición por el interesado de ese último pago da lugar a un procedimiento autónomo, sometido al plazo máximo de resolución que



determina el artículo 42.3 de la Ley 30/1992 (actual artículo 21.3 de la Ley 39/2015 ); y, de ser así, si la falta de respuesta a aquella petición por parte de la Administración, y la ausencia por ella de consideración alguna sobre la suficiencia de la justificación aportada, determinan, indefectiblemente, un pronunciamiento judicial de condena al pago del importe reclamado.

Tercero. Identificar como normas jurídicas que en principio serán objeto de interpretación el artículo 42 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (actual artículo 21 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre ), los artículos 32 , 34 y 39 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre , y el artículo 88 del Real Decreto 887/2006, de 21 de julio .

[...].».

**CUARTO.-** Notificada la anterior resolución a las partes personadas y dentro del plazo fijado en el art. 92.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio , reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (en adelante, LJCA), la letrada de la Junta de Andalucía, mediante escrito registrado el 12 de junio de 2017, interpuso recurso de casación en el que, en relación con «la infracción por la sentencia de instancia de la norma del artículo 42 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre y de la norma del artículo 43 de la misma Ley en relación con la norma del artículo 32 de la Ley General de Subvenciones , y de la jurisprudencia del tribunal supremo» aduce, en primer lugar, que «la Sentencia de instancia parte del error de considerar aplicable la norma del artículo 42.3 b) de la Ley 30/1992 (norma que se refiere únicamente a los procedimientos administrativos) a la presentación de una solicitud de liquidación y pago de una subvención previamente concedida, presentación ésta que no da lugar a ningún procedimiento administrativo sino que tiene como único efecto el de recordar a la Administración la realización de un trámite eventual pendiente de efectuar, y no correlativo, como continuación natural de un previo procedimiento administrativo de otorgamiento de subvención que ya terminó con el dictado y con la comunicación en forma de la resolución de concesión de la subvención» (págs. 2-3 del escrito de interposición). Por consiguiente -se afirma- «al no hallarnos ante un procedimiento administrativo, y al no ser en consecuencia de aplicación la previsión sobre tiempo máximo para resolver contenida en el artículo 42 de la Ley 30/1992 , no resulta imperativo atender, ni siquiera por la vía de silencio contemplada en el artículo 43 de la misma Ley 30/1992 , a aquella petición, dentro de ese plazo máximo -tres meses conforme al indicado artículo 42.3 b)-» (pág. 3). Además, en este caso «la Sentencia está, consiguientemente, restando virtualidad y posponiendo indebidamente la esencial labor de comprobación de las subvenciones contemplada en el artículo 32 de la Ley General de Subvenciones , que es, en realidad, el paso previo e imprescindible para disponer el abono de los fondos públicos en que consisten las subvenciones cuando ese abono está sujeto a condición, condición que, en nuestro caso, y como resulta de la propia resolución de concesión de la subvención, que acuña la Sentencia de 18 de octubre, se circunscribe al inicio del 25% de las acciones formativas subvencionadas y a la justificación de, al menos, el 25% del total subvencionado, circunstancias éstas que, para que puedan dar lugar al abono de la parte correspondiente de la subvención, han de ser comprobadas, por el órgano concedente, en cuanto a su realidad y a su acreditación formal y material, sin que sea suficiente la mera presentación de documentos por la beneficiaria para proceder al pago» (págs. 6-7). Por ello, considera la administración recurrente que «la Sentencia de 18 de octubre de 2016 ha incurrido en infracción de jurisprudencia de este Tribunal Supremo al haber aplicado el régimen del silencio positivo a una situación que contiene las tres circunstancias que, según el Tribunal Supremo, excluyen la aplicación del indicado régimen del silencio administrativo», en concreto, se cita la sentencia de 28 de febrero de 2007 (rec. 302/2004 ) (pág. 8).

En segundo lugar, la Administración autonómica recurrente sostiene que la sentencia impugnada vulnera también «las normas del artículo 34 de la Ley General de Subvenciones y del artículo 88 del Reglamento de desarrollo de la Ley General de Subvenciones , en relación con la norma del artículo 32 de la misma Ley General de Subvenciones , y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo» (pág. 10), en la medida en que dicha resolución «entiende que el pago procedía, conforme a la Orden Reguladora y a la Resolución de Concesión, cuando se justifique el gasto, justificación que la Sentencia de instancia considera producida con la presentación por el interesado de la documentación a efectos de justificación que se contiene en el expediente administrativo» (pág. 11). Con ello el Tribunal *a quo* «no tiene en cuenta que la solicitud de liquidación y pago, y la previa presentación de la documentación justificativa, no generan el título jurídico incontrovertido determinante del pago a que se refiere el artículo 34 de la Ley General de Subvenciones y el artículo 88 de su Reglamento», sino que es preciso «la realización de una labor de comprobación de la documentación presentada a los efectos de determinar si esa documentación acredita o no la realización de la actividad y la aplicación de los fondos concedidos a dicha actividad subvencionada. Por eso, el pago de las cantidades no puede producirse de forma automática» (págs. 11-12). También pone de manifiesto que «el parecer de la Sentencia de 18 de octubre de 2016 desconoce los pronunciamientos que ya ha hecho en la materia, al menos indiciariamente, este Tribunal Supremo , lo que acreditábamos con la invocación de su Sentencia de 11 de diciembre de 2014» (pág. 12).



Finaliza su escrito solicitando de este Tribunal «dicte Sentencia por la que estimando nuestro recurso, case y deje sin efecto la Sentencia de 18 de octubre de 2016 de conformidad con lo señalado por es[a] parte».

**QUINTO.-** Conferido traslado de la interposición del recurso a la parte recurrida, la representación procesal de la Asociación de apoyo al medio ambiente presenta, el día 31 de julio de 2017, escrito de oposición en el que, con carácter previo, apunta que «[...] el Alto Tribunal va a dirimir ahora sobre una cuestión, que siendo estrictamente jurídica, no fue objeto de discusión en la instancia. La Junta de Andalucía (recurrente) en su contestación a la demanda no cuestionó que fueran de aplicación los art. 42 y 43 de la Ley 30/1992 ni las consecuencias del silencio administrativo, la Administración en la instancia se amparó en su facultad de comprobación previa a la liquidación para no abonar el resto de la subvención para la realización de acciones formativas, pese a estar obligada por la Orden Reguladora de 23 de octubre de 2009 y la Resolución de concesión de la subvención de fecha 27 de diciembre de 2011, y en ningún momento entró a discutir si el plazo para pagar indicado en la demanda interpuesta por esta parte (3 meses desde la solicitud de liquidación) era contrario a derecho», por lo que considera que «[...] difícilmente en sede de recurso de casación sería posible abordar la cuestión de si resulta de aplicación a la concreta solicitud de pago del resto de la subvención el plazo de 3 meses previsto en el artículo 42.3 de Ley 30/1992 (actual art. 21.3 de la Ley 39/2015 ), con el correspondiente efecto del silencio positivo que tiene la inactividad de la Administración previsto en el artículo 43 de la misma Ley » (pág. 2 del escrito de oposición).

Respecto al primer motivo planteado, la parte recurrida «[...] solicit[a] a la Ilma. Sala que desestime esta petición pues la Administración, a [su] entender, invoca de aplicación la citada Sentencia que no es aplicable al supuesto que nos ocupa, al ser distinta [su] petición a la realizada en el Recurso 302/2004 sobre el que dicta Sentencia este Tribunal Supremo en fecha 28 de febrero de 2007 [...]» (pág. 5). Asimismo, considera que yerra la Administración en su argumento, pues «la solicitud de liquidación de una subvención es un procedimiento administrativo autónomo (e independiente del de concesión de subvención) que persigue un fin, que es que la Administración emita una Resolución de Liquidación de Subvención, dónde declare el derecho al cobro o la pérdida del mismo», y no se puede -como pretende la contraparte-, «configurar la solicitud de pago de una subvención como la continuación natural del procedimiento administrativo de otorgamiento de subvención» (págs. 6-7).

En definitiva, sostiene la Asociación que «[...] la existencia de un procedimiento administrativo en el que no se ha adoptado por el órgano competente la decisión definitiva y no acordando el pago en lógica correspondencia con la petición formulada por la beneficiaria de la subvención, que cumplió correctamente con las obligaciones que le concernían, limitándose la Administración a guardar estrepitoso silencio, podría dar lugar a la producción del silencio administrativo positivo conforme a lo previsto en el artículo 43 de la Ley 30/1992 si lo pedido es conforme a Derecho (aplicando, sensu contrario, la doctrina establecida en la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 2001 ), que es justo lo que es[a] parte entiende que ocurre en [su] caso». «[C]onclusión [que] es consecuencia de no existir previsión alguna especial sobre el carácter del silencio en la materia concreta que nos ocupa, por lo que ha de estarse a la norma general sobre el carácter positivo del mismo, al no encontrarnos ante ninguno de los supuestos exceptuados en el expresado artículo 43.2 de la reiterada Ley 30/1992 . Como afirma el propio Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª) en Sentencia de 26/10/2015 (RJ 2015\6090)» (pág. 11).

Por otro lado, defiende que «[...] la Sentencia que se impugna no ha infringido precepto alguno del ordenamiento jurídico [...]», toda vez que «[l]os artículos 34 de la Ley 38/2003 , 88 del Real Decreto 887/2006 , 99 y ss. de la Orden de 23 de octubre de 2009 y la propia Resolución que concede la subvención, son claros y establecen la obligación de pago por parte de la Administración de las subvenciones una vez presentada la justificación por el interesado, sin perjuicio de la necesaria labor de comprobación por parte de la Administración que podría desembocar, en su caso, en el inicio de un procedimiento administrativo de reintegro contra el beneficiario [...]», pero en ningún caso, esa «[...] labor de comprobación [...] no puede ser la excusa para el impago, desde el momento en que según la Sentencia que recurre la Administración dicha justificación se presenta por mi representada en fecha 30/10/2013, la solicitud de pago se realiza también el 30/10/2013 y el procedimiento contencioso-administrativo (tras el absoluto silencio de la Administración al respecto) se inicia en fecha 11/6/2015 (más de un año y ocho meses después)» (págs. 13-14).

Por todo ello solicita de este Tribunal «dicte Sentencia por la que desestime íntegramente el recurso interpuesto en nombre de la JUNTA DE ANDALUCÍA, con expresa condena en costas a la recurrente».

**SEXTO.-** Evacuados los trámites, y de conformidad con lo previsto en el art. 92.6 de la LJCA , al considerar innecesaria la celebración de vista pública, se declararon conclusas las actuaciones, señalándose para votación y fallo del recurso el día 27 de febrero de 2018, fecha en que tuvo lugar dicho acto.



## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Se impugna en el presente recurso de casación la sentencia de 18 de octubre de 2016, dictada por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Sevilla, estimatoria del recurso núm. 496/2015 formulado contra la desestimación por silencio de la reclamación de la liquidación del expediente 11/2011/J/567, de concesión de ayuda de subvenciones para el desarrollo de acciones de formación y el pago de 140.354,37 euros, de acuerdo con lo previsto en la Orden de 23 de octubre de 2009 y resolución de 28 de diciembre de 2011, presentada por la Asociación de Apoyo al Medio Ambiente, y dirigidas a trabajadores desempleados .

**SEGUNDO.-** En primer lugar, reseñaremos los hechos relevantes para comprender las circunstancias en las que se produce el litigio y el planteamiento de la sentencia recurrida, así como las cuestiones de interés casacional.

Según establece la sentencia recurrida, la entidad Asociación de Apoyo al Medio Ambiente (también denominada Natura, según indica en alguno de sus escritos procesales la parte demandante) presentó en 2011 solicitud de ayuda al Servicio Andaluz de Empleo, para la realización de acciones de formación dirigidas prioritariamente a trabajadores desempleados, en el marco de la Orden de 23 de octubre de 2009, por la que se desarrolla el Decreto 335/2009, de 22 de septiembre, que regula la ordenación de la Formación Profesional para el Empleo en Andalucía, y establecen las bases reguladoras para la concesión del subvenciones y ayudas y otros procedimientos. La convocatoria se efectuó por resolución de 26 de octubre de 2009 de la Dirección General de Empleabilidad y Formación Profesional del Servicio Andaluz de Empleo. Por resolución de 28 de diciembre de 2011 se concedió por la Dirección Provincial del Servicio Andaluz de Empleo una ayuda de 576.375 euros, previéndose un anticipo por el 50% a la firma de la resolución, en cuantía de 288.187,50 euros, un segundo pago del anticipo del 25%, en el año 2012, y un tercer pago de 144.093,75 euros a la presentación de la justificación de al menos 25% de la subvención.

El 30 de octubre de 2013 se remitió la documentación justificativa y se solicitó la práctica de la liquidación. El día 17 de julio de 2015 se le reclamó documentación justificativa complementaria, lo que fue notificado el día 22 de julio de 2015, presentando la documentación reclamada el día 3 de agosto de 2015. Pese a lo anterior la cantidad a la que asciende el 25% no ha sido liquidada y por tanto abonada pese a ser reclamada.

**TERCERO.-** La sentencia de instancia identifica en el primer fundamento de derecho el objeto de recurso en los siguientes términos:

«[...] se interpone el recurso contra la desestimación por silencio de la reclamación efectuada de la liquidación del expediente 11/2011/J/567 de concesión de ayuda de subvenciones para el desarrollo de acciones de formación y el pago de 140.354,37 euros de acuerdo con lo previsto en la Orden de 23 de octubre de 2009 y resolución de 28 de diciembre de 2011 [...]».

En el fundamento de derecho tercero rechaza la inadmisibilidad aducida por la Administración al tener por objeto el recurso una inactividad no susceptible de impugnación, señalando que ésta se ha limitado a denegar por silencio la liquidación de la ayuda reclamada, y que tal inactividad es susceptible de impugnación para permitir el pronunciamiento jurisdiccional acerca de la procedencia del pago reclamado. En el fundamento de derecho cuarto rechaza la inadmisión por falta de agotamiento de la vía administrativa previa, con remisión a la documentación del expediente en la que consta la presentación de la reclamación y documentación justificativa y las solicitudes de liquidación de la subvención. Finalmente, en el fundamento de derecho quinto, estima parcialmente las pretensiones de la actora argumentando lo siguiente:

«[...] no es de recibo que se incumpla el plazo de resolución a la que está obligada la Administración (tres meses desde la reclamación), amparándose en la facultad de comprobación previa a la liquidación, para no pagar pese a estar obligada por la Orden Reguladora y Resolución de Concesión al pago y liquidación cuando se finalice y se justifique en cuantía superior al anticipo. Dicho extremo ni siquiera ha sido cuestionado por la Administración, por lo que de acuerdo con la Orden reguladora y Resolución de concesión debió abonar dicha cantidad en el plazo de tres meses desde que se solicitó dicha liquidación y pago conforme al artículo 34 de la Ley General de Subvenciones , artículo 88 de su Reglamento. Y ello, sin perjuicio de que la Administración pueda comprobar las condiciones asumidas por el beneficiario e iniciar si procediera un expediente de minoración o reintegro en caso de incumplimiento, toda vez que no se ha enjuiciado la corrección del cumplimiento de la acción formativa subvencionada ni la suficiencia de la documentación justificativa aportada.

Así pues, acreditado el cumplimiento de las obligaciones que incumbían al beneficiario, y que la subvención fue concedida y debió ser abonada, procede ahora la condena al pago tal como se reclama».

La parte dispositiva de la sentencia contiene el siguiente pronunciamiento: «[...] ESTIMAR el recurso contencioso-administrativo interpuesto por ASOCIACIÓN DE APOYO AL MEDIO AMBIENTE contra la



Resolución citada en el Fundamento de Derecho Primero que anulamos, con condena al pago de 140.354,37 euros con sus intereses legales. Sin costas».

**CUARTO.-** Preparado el recurso de casación por la Administración de la Comunidad Autónoma de Andalucía, la Sección Primera de esta Sala del Tribunal Supremo admitió a trámite el recurso mediante auto de 27 de febrero de 2017 en el que se establece que:

«[...] las cuestiones en las que se entiende que existe interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia son las atinentes a si una vez otorgada una subvención mediante resolución firme en la que se condiciona el pago total de su importe a la justificación de ciertas condiciones, la petición por el interesado de ese último pago da lugar a un procedimiento autónomo, sometido al plazo máximo de resolución que determina el artículo 42.3 de la Ley 30/1992 (actual artículo 21.3 de la Ley 39/2015); y, de ser así, si la falta de respuesta a aquella petición por parte de la Administración, y la ausencia por ella de consideración alguna sobre la suficiencia de la justificación aportada, determinan, indefectiblemente, un pronunciamiento judicial de condena al pago del importe reclamado».

Además, en la misma resolución se identifica «[...] como normas jurídicas que en principio serán objeto de interpretación el artículo 42 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (actual artículo 21 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre), los artículos 32, 34 y 39 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, y el artículo 88 del Real Decreto 887/2006, de 21 de julio».

En el recurso de casación se aduce, en esencia, que la sentencia recurrida ha infringido los artículos 42.3.b) y 43 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Procedimiento Administrativo Común y Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas (en adelante, LPAC), en relación con el artículo 32 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones (en adelante LGS), lo que para la recurrente «[...] resulta de la circunstancia de que el artículo 42 de la Ley 30/1992 se refiere únicamente a procedimientos administrativos», y -a su juicio- «[...] la presentación de una solicitud de liquidación y pago de una subvención previamente otorgada, sin embargo, no puede considerarse como elemento iniciador de ningún tipo de procedimiento administrativo, sino simplemente como una reclamación» que «[...] tiene como único efecto el de recordar a la Administración la realización de un trámite eventual pendiente de efectuar, y no correlativo, como continuación natural de un previo procedimiento administrativo de otorgamiento de subvención que ya terminó con el dictado y con la comunicación en forma de la resolución de concesión de la subvención» (págs. 3-4 del escrito de interposición). Por consiguiente, la parte afirma que al no estar ante un procedimiento administrativo, no es de aplicación la previsión sobre tiempo máximo para resolver contenida en el art. 42 de la LPAC, por lo que no era obligatorio atender aquella petición, ni siquiera por la vía de silencio contemplada en el art. 43 de la misma ley, en ese plazo máximo de tres meses conforme al art. 42.3.b) de la LPAC. Insiste en que ese plazo de tres meses no resulta de las normas reguladoras de la subvención y aduce finalmente que la sentencia impugnada vulnera también «[...] las normas del artículo 34 de la Ley General de Subvenciones y del artículo 88 del Reglamento de desarrollo de la Ley General de Subvenciones, en relación con la norma del artículo 32 de la misma Ley General de Subvenciones, y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo [...], en la medida en que considera que el Tribunal *a quo* «no tiene en cuenta que la solicitud de liquidación y pago, y la previa presentación de la documentación justificativa, no generan el título jurídico incontrovertido determinante del pago a que se refiere el artículo 34 de la Ley General de Subvenciones y el artículo 88 de su Reglamento», sino que es precisa «la realización de una labor de comprobación de la documentación presentada a los efectos de determinar si esa documentación acredita o no la realización de la actividad y la aplicación de los fondos concedidos a dicha actividad subvencionada». Solicita que se dicte sentencia estimando el recurso, revocando la sentencia recurrida y desestimando el recurso contencioso administrativo.

**QUINTO.-** La argumentación de la sentencia recurrida es muy sucinta, y no expresa de manera explícita los fundamentos jurídicos en que apoya su conclusión principal, esto es, que se habría producido una desestimación presunta por ausencia de resolución expresa dentro del plazo máximo para resolver, plazo que computa a partir de la reclamación de pago. Las únicas normas a que se refiere la sentencia recurrida en este punto son el art. 34 de la LGS y el art. 88 de su Reglamento, aprobado por Real Decreto 887/2006, de 21 de julio, y en ninguno de dichos preceptos se establece un plazo para dictar resolución, ni se determinan los efectos de la ausencia de resolución.

El razonamiento de la sentencia de instancia, al fijar un plazo de resolución de tres meses, tan sólo tiene sentido bajo la premisa de que la reclamación de la beneficiaria para el pago diera lugar al inicio de un procedimiento que hubiera de concluir en tal plazo. Sentada esta primera conclusión, no cabe compartir el planteamiento de la Administración recurrente cuando sostiene que la sentencia ha atribuido a la falta de resolución un efecto estimatorio presunto, aplicando de forma implícita el art. 43.2 de la LPAC. En ningún pasaje de la misma se afirma tal efecto, y en el escueto desarrollo de su argumentación, la sentencia recurrida no cita el art. 43 de la LPAC sobre los efectos estimatorios de la falta de resolución. Ciertamente que tampoco alude al art. 42.3 LPAC -



que regula el plazo máximo de resolución de los procedimientos administrativos que no lo tengan establecido de forma específica-, pero de la afirmación de la sentencia de que existía un plazo máximo de resolución de tres meses, coincidente con el previsto en el art. 42.3 de la LPAC, cabe deducir que lo aplica implícitamente. Sin embargo, no cabe sostener que la sentencia recurrida haya declarado el efecto estimatorio presunto por la falta de resolución administrativa en plazo, ni que la aplicación del art. 43 de la LPAC sea su razón de decidir. Antes bien, del contenido de la parte dispositiva de la resolución, que anula el acto administrativo identificado en el fundamento de derecho primero, y de lo identificado en aquel fundamento como acto recurrido, que es «[...] la desestimación por silencio de la reclamación efectuada de liquidación del expediente [...] y el pago de 140.354,37 euros de acuerdo con lo previsto en la Orden de 23 de octubre de 2009 y resolución de 28 de diciembre de 2011 [...]», se colige que la sentencia de instancia en modo alguno ha atribuido efecto estimatorio presunto a la falta de resolución, antes bien, le ha conferido efecto desestimatorio.

En definitiva, la sentencia recurrida ha atribuido a la reclamación de pago efectuada por la beneficiaria de la subvención un efecto iniciador de un procedimiento administrativo iniciado a instancia de la beneficiaria de la subvención. En segundo lugar determina que el plazo de resolución de ese procedimiento es de tres meses, aplicando implícitamente el art. 42.3.a) de la LPAC y, finalmente, atribuye efecto desestimatorio a la falta de resolución, sin explicar en que forma interpreta el art. 43.1 de la LPAC, de aplicación necesaria en todo caso bajo la tesis que sigue la sentencia recurrida de que se está ante un procedimiento iniciado por el interesado, máxime cuando la regla general que establece el art. 43.1 de la LPAC para estos supuestos es la estimación por silencio administrativo, excepto en los casos en que la propia norma lo excepciona. La sentencia de instancia guarda silencio sobre este punto y se limita a anular lo que considera una desestimación presunta por silencio, afirmando que la Administración, en ese procedimiento, no cuestionó que se hubiera producido el «[...] cumplimiento de las obligaciones que incumbían al beneficiario» y la debida justificación que incumbía al mismo. Conviene precisar, no obstante, la prevención que hace la sala de instancia de que no ha entrado a enjuiciar «[...] la corrección del cumplimiento de la acción formativa subvencionada ni la justificación de la documentación justificativa aportada» (FD 5), por lo que la razón de decidir, en definitiva, es que la Administración no ha negado la presentación de la documentación justificativa necesaria, sino que se ampara en una facultad de comprobación para la que dispondría de un plazo no determinado más que por el cuatrienal de prescripción de la acción de reintegro.

**SEXTO.-** Planteada en estos términos la fundamentación jurídica del fallo y su alcance, procede estimar el recurso de casación en cuanto no resulta ajustada a Derecho la premisa de la que arranca el razonamiento de la sentencia de instancia, esto es, la existencia de una actuación del beneficiario que origine un procedimiento administrativo específico, sometido a un plazo de resolución, al que califica implícitamente como procedimiento iniciado a instancia del interesado, pero sin embargo le atribuye efecto desestimatorio presunto, sin justificar cual es la excepción a la regla general del art. 43.1 de la LPAC. Sin embargo, debemos rechazar que la sentencia haya declarado un efecto estimatorio presunto a la ausencia de resolución, por lo que la doctrina que hemos de fijar no abordará esta cuestión, pues en modo alguno se corresponde con el fallo ni con la argumentación de la sentencia recurrida. La doctrina jurisprudencial que esta Sala ha de establecer debe ser, en todo caso, sobre las bases reales del litigio sometido a enjuiciamiento, como exige el art. 93.1 de la LJCA, y no a modo de proclamación abstracta, lo que resultaría contrario a la naturaleza del recurso de casación como medio de impugnación.

Estimamos que no cabe entender iniciado un procedimiento administrativo específico, y ello por cuanto la presentación de la justificación por el beneficiario de la subvención es una actuación a la que viene obligado en el marco de las obligaciones formales y materiales que conlleva la resolución firme otorgando la subvención, actuación que consiste en la presentación de la cuenta de liquidación y la documentación necesaria complementaria a la misma, en la que es esencial el informe de auditor de cuentas expresivo de la revisión de la cuenta justificativa. Por tanto, no se trata de una solicitud que inicie el procedimiento, sino de una obligación que incumbe al beneficiario, en cumplimiento de las condiciones que impone la resolución que concede la subvención. Esta obligación se expresa con carácter general en el art. 30.2 de la LGS cuando dispone que:

«La rendición de la cuenta justificativa constituye un acto obligatorio del beneficiario o de la entidad colaboradora, en la que se deben incluir, bajo responsabilidad del declarante, los justificantes de gasto o cualquier otro documento con validez jurídica que permitan acreditar el cumplimiento del objeto de la subvención pública. La forma de la cuenta justificativa y el plazo de rendición de la misma vendrán determinados por las correspondientes bases reguladoras de las subvenciones públicas».

Es cierto que esa actuación del beneficiario constituye, además de una obligación formal, una condición para que se pueda efectuar el pago de la subvención, ya en su totalidad, ya en la parte no anticipada, como ocurre en el presente litigio. Ahora bien, ello no altera su naturaleza de acto de cumplimiento de una



obligación que viene impuesta al beneficiario de la subvención, que también debe cumplir aun en el caso de que no hubiera lugar a la percepción de cantidad alguna, como ocurriría de no haber alcanzado la inversión y gastos justificados el importe ya anticipado. La auténtica naturaleza del acto de justificación es acreditar el cumplimiento de la condición a que la resolución administrativa de concesión de la subvención subordina la plenitud de los efectos jurídicos del acto firme de concesión. En la actuación administrativa por la que se acuerda el pago de una subvención no hay ningún reconocimiento de derechos, sino que se cumplimenta y ejecuta aquello que ya estaba concedido, previa justificación por el beneficiario de que se ha realizado la actividad o el comportamiento a que se subordinaba la concesión del incentivo. Es por ello que el art. 34.2 de la LGS establece que «La resolución de concesión de la subvención conllevará el compromiso del gasto correspondiente», y en el siguiente apartado (34.3 LGC) precisa que «El pago de la subvención se realizará previa justificación, por el beneficiario, de la realización de la actividad, proyecto, objetivo o adopción del comportamiento para el que se concedió en los términos establecidos en la normativa reguladora de la subvención».

La conclusión de que la actuación de justificación por el beneficiario no es una solicitud que inicie un procedimiento, tiene precedentes en nuestra jurisprudencia. Así lo declaramos en nuestra sentencia del Pleno de 28 de febrero de 2007 (rec. cas. núm. 302/2004 ), reiterando lo razonado en la sentencia de 21 de marzo de 2006 (rec. cas. núm. 2354/2003 ) que afirmó, respecto a una petición de abono de parte de una subvención y de sus intereses, que esa petición no se podía aislar, ni considerar independiente de todo el expediente de subvención en el que la misma se insertaba.

Por consiguiente, la sentencia de instancia aplica indebidamente el art. 42.3.b) de la LPAC , único precepto en que puede asentarse su conclusión de que se habría iniciado, a instancia de la beneficiaria, un procedimiento específico sometido al plazo máximo de resolución de tres meses. Y, consecuentemente, aplica también de forma incorrecta el art. 43.1 de la LPAC , pues de seguir en todo su alcance la tesis de que la falta de resolución debía determinar un efecto jurídico de resolución presunta, lo cierto es que este hipotético efecto debería ser estimatorio, ya que la sentencia no justifica que concurra ninguno de los casos en los que no se produce el efecto de silencio administrativo estimatorio que, como regla general establece el art. 43.1 de la LPAC para los procedimientos iniciados a instancia de los interesados, excepciones que están tasadas por la ley. Como quiera que el resto del razonamiento de la sentencia de instancia se asienta sobre estas premisas erróneas, con infracción de las normas ya citadas, procede casar y anular la sentencia de instancia y entrar a resolver sobre las cuestiones y pretensiones deducidas en el proceso ( art. 93.1 de la LJCA ).

**SÉPTIMO.-** Los hechos, que ya han quedado reseñados en el fundamento de derecho segundo, no son litigiosos. La actora presentó el 30 de octubre de 2013 documentación justificativa y solicitó la práctica de la liquidación y abono del tercer pago, por importe de 144.093,75 euros, correspondiente al 25% de la subvención. El día 17 de julio de 2015 la Administración le reclamó documentación justificativa complementaria, lo que fue notificado el día 22 de julio de 2015, presentando la documentación requerida el día 3 de agosto de 2015. Pese a lo anterior la Administración no ha liquidado la cantidad pendiente por el 25% establecido como tramo final de la subvención.

En el escrito de demanda la parte actora alega que han transcurrido, no ya meses, sino años, sin que la Administración haya realizado la liquidación y el pago de la cantidad pendiente de abono, correspondiente a la actuación formativa que fue objeto de subvención, por lo que argumenta que se impugna la inactividad de la Administración, e invoca el art. 29.1 en relación al art. 25.2 de la LJCA .

Solicita que se condene a la Administración de la Comunidad Autónoma de Andalucía a «[...] liquidar y consecuentemente abonar [a la entidad actora] la suma de 140.354,37 euros en concepto de liquidación y pago de la ayuda concedida más los intereses legales correspondientes».

**OCTAVO.-** En la contestación a la demanda, presentada el 25 de abril de 2016, la Administración aparte de oponer la inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo, alega la existencia de una cuestión prejudicial penal que habría de llevar, según solicita, a la suspensión de la tramitación del recurso contencioso-administrativo, en aplicación del art. 40 de la Ley de Enjuiciamiento Civil . Aduce, a tal efecto, que el expediente de subvención del que trae causa la demanda (expediente 11/2011/J/567) es objeto de investigación en el seno de las diligencias previas 966/2014 del Juzgado de Instrucción nº 6 de Sevilla, en el que se sigue la causa penal comúnmente conocida como "cursos de formación", e invocó el art. 40.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil . Aportó copia simple del auto de 23 de diciembre de 2015, dictado por el Juzgado de Instrucción nº 6 de Sevilla en las diligencias previas 966/2014, en el que se procede a la división de las diligencias previas penales en varias piezas separadas. En el referido auto se hace ordena continuar en pieza separada la investigación de ayudas para la formación concedidas a varias empresas integradas en el «[...] entramado empresarial vinculado al Sr. [ Felicísimo ], se investiga la actividad desarrollada por empresas integradas todas en el Grupo Prescal que habría recibido con cargo al programa 32D dentro del dispositivo de DELPHI por parte de la





Consejería de Empleo la suma de 33.309.789,16€ en concepto de subvenciones excepcionales a la formación y a la contratación a través de las asociaciones controladas por él, denominadas AEA, HUMANITAS, INNOVA, INTECA y NATURA [...]».

A fin de acreditar el alcance de esas diligencias previas penales en relación al expediente de subvención, la Administración demandada solicitó en su escrito de contestación la práctica de prueba documental consistente en certificado a expedir por el Juzgado de Instrucción nº 6 de Sevilla relativa a si el expediente de subvención a que se refiere la pretensión de la demandante es objeto de análisis e investigación en el seno de las diligencias previas penales 966/2014 o en cualquiera de las diligencias previas derivadas de ellas, con indicación de su número de referencia.

A esta petición se opuso la parte demandante, sin negar en lo sustancial la existencia de la causa penal, y aduciendo que la carga de probarlo correspondía a la Administración demandada, así como que la subvención debió haber sido abonada mucho antes de que se iniciasen las diligencias previas penales.

La Sala de instancia, sin dar traslado al Ministerio Fiscal, rechazó tanto la reclamación de la documental antes referida, solicitada por la Administración demandada, como la suspensión del procedimiento, denegando la concurrencia de cuestión prejudicial penal.

**NOVENO.-** El artículo 10.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , establece que «[...] la existencia de una cuestión prejudicial penal, de la que no pueda prescindirse para la debida decisión o que condicione directamente el contenido de ésta, determinará la suspensión del procedimiento, mientras aquella no sea resuelta por los órganos penales o quienes corresponda, salvo las excepciones que la Ley establezca».

Asimismo, el artículo 40 de la LEC establece lo siguiente:

«1. Cuando en un proceso civil se ponga de manifiesto un hecho que ofrezca apariencia de delito o falta perseguible de oficio, el tribunal civil, mediante providencia, lo pondrá en conocimiento del Ministerio Fiscal, por si hubiere lugar al ejercicio de la acción penal.

2. En el caso a que se refiere el apartado anterior, no se ordenará la suspensión de las actuaciones del proceso civil sino cuando concurren las siguientes circunstancias:

1.ª Que se acredite la existencia de causa criminal en la que se estén investigando, como hechos de apariencia delictiva, alguno o algunos de los que fundamenten las pretensiones de las partes en el proceso civil.

2.ª Que la decisión del tribunal penal acerca del hecho por el que se procede en causa criminal pueda tener influencia decisiva en la resolución sobre el asunto civil.

3. La suspensión a que se refiere el apartado anterior se acordará, mediante auto, una vez que el proceso esté pendiente sólo de sentencia».

Consideramos que decisión de la Sala de instancia, al denegar la suspensión del procedimiento, rechazando la existencia de cuestión prejudicial penal, no está correctamente motivada. En primer lugar, estimamos que los criterios de carga de prueba en que se fundamenta no se corresponden con la finalidad y naturaleza de la cuestión prejudicial penal, que está inspirada en un elemental principio de coherencia en los casos de concurrencia de varias jurisdicciones sobre unos hechos con relevancia penal. La acreditación documental que instó la parte demandada fue oportunamente solicitada y, en todo caso, debería haberse recabado el dictamen del Ministerio Fiscal que resulta imprescindible, en un caso de la complejidad que se advierte en el que es objeto de investigación. Esta conclusión se ratifica por el hecho de que la investigación penal concierne a un conjunto de empresas y entidades entre las que se encuentra la entidad recurrente, como se desprende del auto aportado. Así lo admite la resolución del tribunal de instancia denegando la suspensión, y aunque razona que ello no demuestra que se esté investigando a la entidad demandante, lo cierto es que esta conclusión no es correcta, puesto que en el referido auto de 23 de diciembre de 2015, del Juzgado de Instrucción nº 6 de Sevilla , se hace referencia a las distintas empresas del entramado relacionado con el Sr. Felicísimo concretamente las asociaciones controladas por él, denominadas AEA, HUMANITAS, INNOVA, INTECA y NATURA, entre las que se encuentra la recurrente, Asociación de apoyo al medio ambiente, que incluso en alguno de sus escritos procesales utiliza la denominación NATURA y, desde luego, no ha negado en absoluto la relación con el Sr. Felicísimo , al que se refiere la investigación penal, ni tampoco rechaza explícitamente que la subvención a que se refiere el litigio se encuentre inmersa en la investigación seguida en las diligencias previas penales.

La previsión legal del art. 10.2 de la LOPJ y 40 de la LEC sobre los efectos suspensivos de la cuestión prejudicial penal está orientada a garantizar la coherencia del ejercicio de la potestad jurisdiccional, evitando que unos mismos hechos, relevantes para el enjuiciamiento en distintos órdenes jurisdiccionales, sean determinados de forma eventualmente contradictoria. Es por ello que se declara la prioridad del orden jurisdiccional penal, regido por principios de investigación de oficio y averiguación de la verdad material. Esta suspensión se



producirá bajo los presupuestos que establece el art. 40.2 de la LEC y no impedirá la continuación del procedimiento si no concurren, o se produce una paralización del procedimiento penal que impida su normal continuación.

Aunque en este litigio no se cuestiona la concesión de la subvención sino la procedencia del pago sobre la base de la justificación documental de la realización de la actividad subvencionada, es obvio que, de acreditarse la existencia de una actuación constitutiva de delito para la obtención de la subvención o en la aplicación de los fondos obtenidos, ello tendría, tal como establece el art. 40 de la LEC, una influencia decisiva en la resolución sobre el asunto contencioso-administrativo, pues según hace constar el auto de 23 de diciembre de 2015, consta la existencia de «[...] indicios de que buena parte de los fondos percibidos para la realización de curso en el entramado de sociedades y asociaciones vinculados al Sr. Felicísimo, en lugar de destinarlos a la realización de cursos para capacitarlos en orden a una posterior contratación, se simulaban contratos de trabajo con los antiguos empleados de DELPHI, existiendo además una contratación irregular, no con terceros, sino con empresas del propio grupo, subcontratación irregular que se habría realizado con la finalidad de desviar los fondos a otras empresas dificultando su seguimiento». No cabe negar que, de haberse producido esas circunstancias en la subvención concedida a la entidad recurrente, se trataría de hechos que estando relacionados con las pretensiones de la parte demandante, están sometidos al enjuiciamiento penal, cuya decisión puede ser de influencia decisiva para el enjuiciamiento que corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa.

Precisamente para pronunciarse con entera seguridad sobre el alcance de esta investigación penal, y el modo en que condiciona la resolución del litigio contencioso-administrativo, debe recabarse la documental solicitada por la parte demandada, sin que a su pertinencia sea óbice el que pudiera haber aportado otros indicios en tanto que parte personada en el procedimiento penal. Aportó un principio de prueba consistente, que trataba de ratificar con la documental pública solicitada. Y, por otra parte, resulta necesario el informe del Ministerio Fiscal por las razones ya expuestas. Estas actuaciones han de ser realizadas por el Tribunal de instancia, pues ante el mismo se planteó la cuestión prejudicial.

En consecuencia, de conformidad con lo dispuesto en el art. 93.1 de la LJCA procede ordenar la retroacción de las actuaciones al momento anterior al señalamiento para deliberación votación y fallo, a los efectos de que se practique la documental solicitada por la parte demandada, y, una vez cumplimentada, se recabe informe del Ministerio Fiscal sobre la existencia de cuestión prejudicial penal suspensiva. La Sala de instancia decidirá con libertad de criterio sobre la eventual suspensión del procedimiento, o, por el contrario, la continuación del mismo.

**DÉCIMO.-** Nos resta abordar la fijación de la interpretación de las normas sobre las que se configuró la cuestión de interés casacional, lo que en el presente caso resulta condicionado por el ámbito a que se ha ceñido nuestro enjuiciamiento, ya que al ordenar la retroacción de las actuaciones, no podemos abordar las cuestiones relativas a la procedencia del pago de la cantidad reclamada. No obstante, sobre estas mismas cuestiones ya nos hemos pronunciado en nuestra reciente sentencia núm. 350/2018, de 6 de marzo (rec. cas. núm. 557/2017) si bien con un mayor alcance, ya que en aquel litigio no se planteó cuestión prejudicial alguna, por lo que pudimos fijar doctrina jurisprudencial sobre el tratamiento de la inactividad de la Administración en la liquidación de la subvención, y a tal efecto declaramos entonces que:

«La Administración viene obligada al abono de la subvención concedida o la cantidad parcial pendiente, una vez verificada la completitud de la justificación presentada, [...] sin que puede resultar de aplicación, para esta limitada actuación de comprobación de la justificación, el plazo de prescripción de la acción de reintegro o declaración de la pérdida del derecho a la subvención que regula el art. 39 de la LGS [Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones]» (FD Décimo).

Así pues, sobre la interpretación de las normas sobre las que se configuró la cuestión de interés casacional, procede declarar que el acto del beneficiario de una subvención otorgada por acto firme de la Administración, por el que se justifica el cumplimiento de la actividad a que se obligó con el otorgamiento de la subvención, constituye una actuación a la que aquel viene obligado, que no inicia un procedimiento administrativo sujeto a un plazo máximo de resolución conforme al art. 43.2 de la LPAC (actual art. 21.3 de la Ley 39/2015, de Procedimiento Administrativo Común), reiterando así la doctrina jurisprudencial que ya fijamos en nuestra sentencia 350/2018, de 6 de marzo (rec. cas. 557/2017).

**UNDÉCIMO.-** De conformidad con lo dispuesto en el art. 93.4 de la LJCA, cada parte abonará las costas causadas a su instancia en el recurso de casación y las comunes por mitad, y sin que haya lugar a hacer pronunciamiento sobre las de instancia al ordenarse la retroacción de las actuaciones.

## FALLO



Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido de acuerdo con la interpretación de las normas establecida en el fundamento jurídico décimo:

1.- Haber lugar al recurso de casación núm. 336/2016, interpuesto por la Administración de la Comunidad Autónoma de Andalucía contra la sentencia de 18 de octubre de 2016, dictada por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Sevilla, estimatoria del recurso contencioso-administrativo 496/2015, sentencia que se casa y anula.

2.- Ordenar la retroacción de las actuaciones al momento anterior al señalamiento para deliberación, votación y fallo, para que la Sala de instancia proceda conforme se dispone en el fundamento noveno de esta sentencia.

3.- Hacer el pronunciamiento sobre costas, en los términos previstos en el último fundamento.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

## TRIBUNAL SUPREMO

### Sala de lo Contencioso-Administrativo

#### VOTO PARTICULAR

Fecha de sentencia: 14/03/2018

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número: 336/2016

Magistrado/a que formula el voto particular: Excmo. Sr. D. Jose Luis Requero Ibañez

#### VOTO PARTICULAR QUE FORMULA DON Jose Luis Requero Ibañez A LA SENTENCIA DICTADA EN EL RECURSO DE CASACIÓN 336/2016

Con todo el respeto hacia el parecer mayoritario de este Tribunal que he expresado en la sentencia de la que he sido ponente, al amparo del artículo 260 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, formulo voto particular a la referida sentencia dictada en el presente recurso de casación con base en los siguientes razonamientos:

**PRIMERO.-** Comparto lo razonado en los Fundamentos de Derecho Primero a Cuarto; también comparto las razones que expone la sentencia mayoritaria en cuando al alcance del juicio rescisorio y en el que se aplican las consecuencias de la cuestión prejudicial que se aprecia (Fundamentos de Derecho Séptimo y Octavo). Mi discrepancia se centra en lo razonado por la sentencia mayoritaria en los Fundamentos de Derecho Quinto, Sexto y Décimo.

**SEGUNDO.-** Deben hacerse en el presente caso las siguientes precisiones iniciales:

1º La sentencia, dentro de su ambigüedad, parece dar al transcurso de los tres meses no el significado del artículo 29.1 de la LJCA, sino el del artículo 42.3.b) de la Ley 30/1992 cuando afirma « *que no es de recibo que se incumpla el plazo de resolución a la que está obligada la Administración (tres meses desde la reclamación)*».

2º El auto de admisión no ha identificado como norma sobre la que haya que pronunciarse el artículo 43 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante Ley 30/1992) en relación con la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones (en adelante Ley General de Subvenciones), ni se ha centrado la admisión en los términos que sostiene la recurrente que, en puridad, introduce una cuestión nueva ajena a lo planteado en la instancia por ambas partes.

3º No obstante como en el auto de admisión al identificar los preceptos objeto de interpretación dice que "en principio" será el artículo 42 de la Ley 30/1992 más los de la normativa general de subvenciones que cita, cabe entender razonable que la recurrente haya invocado también la infracción del artículo 43 de la Ley 30/1992, máxime si ya lo invocó al preparar su recurso y no se rechazó expresamente en el auto de admisión.

4º Lo dicho explica que el auto de admisión identifique como cuestión que presenta interés casacional objetivo que este tribunal se pronuncie si el transcurso de los tres meses desde la solicitud de liquidación y pago provoca "indefectiblemente" esa obligación de pago sin previa comprobación, es decir, un supuesto asimilable o identificable con el silencio positivo.

**TERCERO.-** Con estas matizaciones y partiendo siempre de que lo que es objeto del recurso casación es la sentencia impugnada y no las pretensiones de las partes en la instancia, hay que partir del siguiente panorama normativo:

1º La Ley General de Subvenciones el Título I, bajo la rúbrica de "Procedimientos de concesión y gestión de las subvenciones", regula la vida del negocio subvencional desde la convocatoria hasta el pago de la subvención o ayuda, lo que da lugar a tres procedimientos: el de concesión (Capítulos I a III) el de gestión y justificación (Capítulo IV) y el de gestión presupuestaria (Capítulo V). Tratamiento aparte tiene el reintegro y el control financiero, lo que da lugar a procedimientos distintos regulados, respectivamente, en los Títulos II y III.

2º Respecto del procedimiento justificación regulado en el Capítulo IV, la Ley General de Subvenciones regula cómo se hace la justificación (artículo 30), qué se justifica (artículo 31) la subsiguiente comprobación (artículo 32) y cómo se hace la misma (artículo 33).

3º Respecto del procedimiento de gestión presupuestaria, el artículo 34.1 y 2 regula la aprobación del gasto y el pago, que puede ser anticipado en todo (artículo 34.4.2º) o bien el pago total o en parte -que da lugar a pagos fraccionados a medida que se ejecuta la acción subvencionada- en cuyo caso previo al pago debe procederse a la justificación (artículo 34.3).

4º De lo expuesto se deduce, por tanto, que dentro del procedimiento de gestión que implica la obligación de justificar, que corresponde al beneficiario, y el consiguiente ejercicio de la potestad de comprobación que corresponde al órgano concedente.

5º En cuanto a la forma y momento de la justificación -que, repetimos, corresponde al beneficiario- dependerá de lo que en cada caso se prevea en la convocatoria; a tal efecto puede hacerse mediante algunas de las formas del artículo 69 del Reglamento General de Subvenciones aprobado por Real Decreto 887/2006, de 21 de julio (en adelante, Reglamento de Subvenciones) y lo que la Ley General de Subvenciones prevé (artículo 30.2.2º) es que se « *realizará, como máximo, en el plazo de tres meses desde la finalización del plazo para la realización de la actividad* », salvo -así hay que entenderlo- que en la convocatoria se prevea un plazo inferior.

6º En el caso del régimen de subvenciones para acciones formativas de oferta se regulan en el ámbito de Andalucía por la ya citada Orden de 23 de octubre de 2009, cuyo artículo 108.2 prevé el sometimiento a la normativa estatal para dicha materia, esto es, la Orden TAS/718/2008, de 7 de marzo, que establecen las bases reguladoras para la concesión de subvenciones públicas para la financiación de planes de formación de oferta. En ambas órdenes se prevé que para la justificación final el plazo será de tres meses (artículo 102.1 de la Orden de 23 de octubre y artículo 15.2 de la Orden TAS/718/2008).

**CUARTO.-** De este conjunto normativo se deduce lo que sigue:

1º Que la justificación y la comprobación implica un procedimiento específico dentro de lo que es el procedimiento de "gestión y justificación" y para tal procedimiento la Ley General de Subvenciones ni su reglamento ejecutivo prevé un plazo, por lo que cabe aplicar el plazo general de tres meses del artículo 42.3 de la Ley 30/1992.

2º Que la Ley 30/1992 es aplicable supletoriamente se deduce con carácter general del artículo 5.1 de la Ley General de Subvenciones y expresamente de otros aspectos en los que esa ley se remite a la Ley 30/1992 como, por ejemplo, el régimen de ampliación del plazo en el que expresamente (artículo 70.2 del citado Reglamento) o en otro ámbito, el artículo 42.1 respecto del procedimiento de reintegro.

3º No se está ante un procedimiento iniciado a solicitud del beneficiario, pues si bien exige su actuación al presentar la justificación no ejerce una facultad de libre determinación sino que cumple con una obligación legal, de ahí las consecuencias de su incumplimiento [cf. artículos 37.1.c) o 57.c) de la Ley General de Subvenciones o el artículo 70 de su Reglamento]. Por tanto una vez concluida la acción subvencionada el beneficiario está obligado a justificarla de ahí los términos imperativos del artículo 30.2.2º de la Ley General de Subvenciones.

4º La consecuencia es que no es un procedimiento al que le sea aplicable el artículo 43.1 de la Ley 30/1992, de lo que se deduce que no cabe el silencio positivo, luego el transcurso del plazo para la subsiguiente acción de comprobación que sigue a la de justificación no genera un acto presunto estimatorio de la bondad de la justificación aportada.

5º Finalmente, como no cabe entender que la Administración cuente con un plazo ilimitado -dentro del general de prescripción- para ejercitar su potestad de comprobación una vez presentada dentro del plazo la justificación, al no haber un plazo específico en la Ley General de Subvenciones es por lo que cabe aplicar el plazo general de tres meses del artículo 42.3 de la Ley 30/1992 para que el órgano concedente realice



las actuaciones de comprobación y pago, luego su transcurso si dictarse resolución integra un supuesto de silencio negativo al aplicarse el artículo 44.1 de la Ley 30/1992 .

**QUINTO.-** La segunda parte que el auto de admisión ha identificado que tiene interés casacional objetivo se aborda al apreciarse afirmativamente que, en efecto, es aplicable el plazo general de tres meses del artículo 42.3 de la Ley 30/1992 . En concreto se plantea recordémoslo- cuando una vez presentada la justificación y la solicitud de liquidación por el beneficiario, « *si la falta de respuesta por parte de la Administración, y la ausencia por ella de consideración alguna sobre la suficiencia de la justificación aportada determinan, indefectiblemente, un pronunciamiento judicial de condena al pago del importe reclamado* ». Pues bien, de la interpretación de los artículos 32 , 34 , 39 de la Ley General de Subvenciones y del artículo 88 del Reglamento General de Subvenciones , se deduce lo que sigue:

1º Que fuera de los casos de pago anticipado -que, obviamente, se efectúa sin previa justificación-, ya se trate del pago del total de la subvención como de la parte correspondiente a actuaciones fraccionadas, se trata de pagos que exigen del beneficiario la previa justificación tal y como se ha visto. Así el artículo 34.3 regula la justificación como condición previa al pago y qué debe justificarse, esto es, la realización de la actividad, proyecto, objetivo o comportamiento para el que se le concedió la subvención.

2º La justificación implica que el beneficiario debe hacerlo en la forma que prevé el artículo 30 de la Ley General de Subvenciones y con referencia a los gastos que tengan la consideración de subvencionables ( artículo 31 de la citada ley ).

3º Presentada la documentación justificativa, el artículo 32.1 de la Ley General de Subvenciones , bajo la rúbrica de "Comprobación de subvenciones" apodera al órgano concedente para que imperativamente compruebe -"comprobará"- la «adecuada justificación de la subvención, así como la realización de la actividad y el cumplimiento de la finalidad que determinen la concesión o disfrute de la subvención». Por tanto el pago está sujeto a la previa comprobación de lo que se haya presentado como justificación, función cuya relevancia ya en su día destacó la sentencia de esta Sala y Sección de 21 de octubre de 2008, Fundamento de Derecho Sexto párrafo cuarto (recurso de casación 705/2006 ).

4º Cuestión aparte es el ejercicio de la potestad de reintegro, regulado en título diferente -el Título II- y que se incoa de oficio por el órgano concedente y, por lógica, para los casos en los que ya el beneficiario ha percibido anticipadamente bien de la totalidad o parte de la subvención. Por tanto, el procedimiento de reintegro implicará una previa comprobación y procederá cuando se trate de pagos anticipados, convirtiéndose su importe en un crédito de derecho público a favor de la Administración ( artículo 38.1 de la Ley General de Subvenciones ), derecho sujeto al plazo general de prescripción de cuatro años, potestad que se ejerce mediante un procedimiento específico que regula dicho Título.

5º Y diferente de la potestad de reintegro es la de control financiero, regulado en el Título III de la Ley General de Subvenciones y que aun cuando pueda ser objeto del mismo aspectos coincidentes con la comprobación intrasubvencional o con el control que da lugar al reintegro, su especificidad radica es que se ejerce no por el órgano de subvención o concedente, sino que es un control ejercido por los órganos de intervención y con arreglo a un procedimiento específico ( artículos 44.3 y 49 de la citada ley ) cuyo inicio se desliga del procedimiento de subvención para ejecutarse conforme a los planes de auditorías anuales del gasto público y puede incluso efectuarse sobre un muestreo.

**SEXTO.-** Lo expuesto debe completarse con el tratamiento procesal que tenga por objeto la falta de pago de la subvención, incurriendo la Administración en una inactividad material al no realizar actos de comprobación. De esta forma si el beneficiario presenta una solicitud de pago acompañada de la documentación justificativa y a la Administración no resuelve, el beneficiario mediante la ficción del silencio negativo y previo agotamiento, en su caso, de la vía administrativa previa podrá acudir al contencioso-administrativo. Esto puede hacerlo con arreglo a las reglas generales del procedimiento ordinario o abreviado o bien acudiendo a la especialidad procedimental del artículo 29.1 de la LJCA . En este caso debe precisarse lo siguiente:

1º Que es presupuesto de dicha especialidad procedimental del artículo 29.1 de la LJCA que la Administración esté incumpliendo una concreta prestación a la que esté obligada « *en virtud de un acto, contrato o convenio administrativo* »; ahora bien, esta posibilidad procedimental tiene su sentido cuando no es litigioso que haya una obligación de dar o hacer y se trata de juzgar la legalidad de la inactividad o pasividad administrativa en cumplir esa prestación de dar o hacer, debida e incumplida.

2º Llevado esto al régimen del pago de subvenciones, cuando esa inactividad se concreta en que no se tramita o resuelve sobre la solicitud de pago previa justificación, esto no implica que haya un derecho ya consumado o liquidado al pago, nacido *ex lege* y que deba satisfacerse sin exigencia de comprobación; o dicho con otras



palabras: que se acuda al artículo 29.1 de la LJCA no hace que tal medio procedimental produzca efectos sustantivos o constitutivos de un derecho de crédito.

3º La consecuencia es que habrá derecho a que se cumpla una obligación de hacer por estar obligada la Administración en virtud del negocio subvencional, lo que se concreta en que se pretenda la declaración de que hay una inactividad contraria a derecho, luego la condena consistirá en que obligar a la Administración a que abandone su inactividad material para que actúe o active su potestad de comprobación: que teniendo a su disposición la justificación aportada por el beneficiario, la compruebe y, en su caso, pague.

4º Lo expuesto no implica que la Administración pueda demorar *sine die* esa obligación de hacer pues el beneficiario puede tenerla por denegada mediante la ficción del silencio y tiene a su disposición hacer el requerimiento a modo de reclamación administrativa previa y cuya desatención abre el contencioso-administrativo.

**SÉPTIMO.-** Conforme al artículo 93.1 de la LJCA respecto de las cuestiones planteadas por el auto de admisión en el que se ha advertido que concurre interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia en relación con los artículos 32 , 34 , 39 de la Ley General de Subvenciones y del artículo 88 del Reglamento General de Subvenciones , se declaran los siguientes criterios interpretativos:

1º Tal y como se ha expuesto, la justificación y comprobación implica un procedimiento administrativo en el que a falta de plazo expreso en las bases de las convocatorias para que la Administración ejercite su potestad de comprobación, será aplicable el general del artículo 42.3 de la Ley 30/1992 , cuyo transcurso surte el efecto propio del silencio negativo.

2º En el caso de subvenciones en las que la totalidad de su importe se pague al beneficiario una vez ejecutada la acción objeto de subvención, como cuando se trate de pagos que se vayan haciendo fraccionadamente a medida que se ejecuta esa acción, el pago debe ir precedido de la justificación del gasto objeto de ayuda o subvención y antes del pago la Administración está apoderada para ejercer -y hacerlo imperativamente- su potestad de comprobación, de resultas de la cual procederá el pago en función de lo debidamente justificado o la pérdida del derecho al cobro.

3º En caso de que ya se haya anticipado el importe total de la subvención o se hayan hecho pagos fraccionados anticipados, procederá el reintegro total o parcial de lo ya pagado cuando tras la justificación y comprobación, se advierta el incumplimiento del negocio subvencional en los supuestos del artículo 37 de la Ley General de Subvenciones .

**OCTAVO.-** Llevado lo expuesto al caso de autos procede, en efecto, casar y anular la sentencia de instancia pero por las siguientes razones:

1º Es conforme a la normativa antes expuesta en cuanto que, aun sin invocarla, cabe entender que implícitamente aplica el plazo de tres meses del artículo 42.3 de la Ley 30/1992 . Ahora bien, es contraria a la misma en pues si bien constata que la Administración no actuó la potestad de comprobación y pago, esto le lleva a deducir directamente la pertinencia del pago de lo pendiente, por lo que da por justificadas las acciones formativas objeto de subvención así como la bondad de los gastos subvencionables, tanto en la forma de justificar como en su contenido, limitando la potestad de comprobación a los casos de reintegro.

2º Porque además infringe el artículo 102.8 de la Orden de 23 de octubre de 2009 y que prevé que « *una vez presentada la documentación se realizará por el órgano que concedió la subvención la correspondiente comprobación técnico-económica* ». Tal previsión normativa está expresamente recogida en la base Decimocuarta de la resolución de 26 de octubre de 2009 de la convocatoria de autos.

3º En coherencia con el régimen antes expuesto, el artículo 102.8 párrafo segundo añade que si « *como resultado de dicha comprobación se dedujera que el coste subvencionable ha sido inferior a la subvención concedida o que se han incumplido, total o parcialmente, los requisitos establecidos en la normativa aplicable para la justificación de la subvención o los fines para los que fue concedida la misma* », se incoa el procedimiento para declarar la pérdida del derecho al cobro de la subvención de lo pendiente o se incoará el de reintegro respecto de la parte la percibida.

4º Estos criterios se confirman a la vista del punto Décimo de la Guía de justificación de las subvenciones de Formación Profesional para el Empleo concedidas al amparo de la Orden de 23 de octubre de 2009 (noviembre de 2011), editada por la Administración demandada en la instancia y tanto esta norma como la Guía recogen las previsiones del artículo 15.5 de la Orden TAS/718/2008 antes citada que, como se ha dicho, es aplicable al caso por preverlo el artículo 108.2 de la Orden de 23 de octubre de 2009.

**NOVENO.-** Por estas razones discrepantes con la sentencia mayoritaria entiendo que debió estimarse el recurso de casación y llevado tal pronunciamiento al caso ya como tribunal de instancia, estoy de acuerdo



con los Fundamentos de Derecho Séptimo y Octavo en lo que hace a la apreciación de la cuestión prejudicial penal y sus efectos.

En la fecha de la sentencia

**PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente D. Rafael Toledano Cantero, estando la Sala celebrando audiencia pública lo que, como Letrada de la Administración de Justicia, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ