



Roj: **STSJ GAL 4549/2019 - ECLI:ES:TSJGAL:2019:4549**

Id Cendoj: **15030330022019100392**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **2**

Fecha: **22/07/2019**

Nº de Recurso: **4441/2016**

Nº de Resolución: **412/2019**

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **MARIA AZUCENA RECIO GONZALEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.X.GALICIA CON/AD SEC.2

A CORUÑA

SENTENCIA : 00412/2019

Procedimiento Ordinario nº 4441/2016

EN NOMBRE DEL REY

La Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

Ilmos. Sres. Magistrados

D^a. MARÍA AZUCENA RECIO GONZÁLEZ (Presidenta)

D. JULIO CÉSAR DÍAZ CASALES

D^a. MARÍA AMALIA BOLAÑO PIÑEIRO

En la ciudad de A Coruña, a 22 de julio de 2019.

En el recurso contencioso-administrativo que con el número 4441/2016 pende de resolución en esta Sala, interpuesto por el Procurador D. Domingo Rodríguez Siaba, en nombre y representación de CERMAR, S.L., y asistida del Letrado D. Manuel Pérez-Batallón Ordóñez, contra la resolución de fecha 29 de junio de 2016 de la Secretaría General Técnica de la Consellería do Medio Rural e do Mar de la Xunta de Galicia que desestima el recurso de reposición contra la resolución de fecha 2 de septiembre de 2015 del mismo órgano por la que se acuerda el reintegro de subvención concedida a la citada entidad mercantil en el expediente PE 201/B(2009/45-5 (Subvenciones FEP), por un importe de 263.549,64 euros junto con los correspondientes intereses de demora devengados desde la fecha de pago de esta. Es parte demandada la Consellería do Medio Rural e do Mar, representada y dirigida por los Letrados de la Xunta de Galicia.

Es Ponente la Magistrada D^a MARÍA AZUCENA RECIO GONZÁLEZ.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Mediante decreto se admitió a trámite el recurso, requiriéndose a la Administración demandada para que remitiera el expediente.

SEGUNDO.- Mediante diligencia de ordenación se acuerda su entrega a la parte demandante para que formulara la demanda en el plazo de 20 días, efectuándolo e interesando en el suplico que se tenga por formalizada y se dicte sentencia por la que se anulen las resoluciones recurridas.



TERCERO.- Por diligencia se tuvo por presentada la demanda y se dio traslado a la demandada para que contestara a la misma en el plazo de 20 días, lo cual efectuó interesando en el suplico que se desestimara el recurso, confirmando la resolución impugnada.

CUARTO.- Se fijó la cuantía del recurso en 263.549,64 euros y se acordó el recibimiento del pleito a prueba, declarándose la pertinencia de la prueba propuesta, consistente en documental, testifical y pericial y dándose traslado a las partes para que presentaran escritos de conclusiones y quedando las actuaciones pendientes de señalamiento para votación y fallo, señalándose el día 18 de julio de 2019 para deliberación.

QUINTO.- En la substanciación de este recurso se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Acto objeto del recurso y fundamentación jurídica de la demanda.

El objeto del presente recurso lo constituye la resolución de fecha 29 de junio de 2016 de la Secretaría General Técnica de la Consellería do Medio Rural e do Mar de la Xunta de Galicia que desestima el recurso de reposición contra la resolución de fecha 2 de septiembre de 2015 del mismo órgano por la que se acuerda el reintegro de subvención concedida a la citada entidad mercantil en el expediente PE 201/B(2009/45-5 (Subvenciones FEP), por un importe de 263.549,64 euros junto con los correspondientes intereses de demora devengados desde la fecha de pago de esta.

Se trata de una subvención regulada por la Orden de 24 de abril de 2008, por la que se establecen las bases reguladoras para la concesión, en régimen de concurrencia competitiva, de las ayudas a las inversiones en transformación y comercialización de productos procedentes de la pesca, del marisqueo y de la acuicultura, cofinanciadas en el Fondo Europeo de Pesca (DOG nº 86, de 8 de mayo), modificada por la Orden de 12 de febrero de 2009 (DOG nº 36, de 20 de febrero). Se dictó resolución de concesión el 15 de diciembre de 2009 para la realización de proyecto de implantación de nueva línea de platos precocinados en refrigerado. Y tras el control efectuado por empresa auditora se llega a la conclusión de la ausencia de documentación para la realización del control y el equipo de control debido a la ausencia de documentación y debido a la ausencia de aclaraciones por el beneficiario en relación a los abonos detectados, no ha podido realizar parte de las pruebas necesarias, por lo que el importe aceptado es de 0,00 euros.

En la demanda se refieren en primer lugar los motivos de impugnación: caducidad del procedimiento y nulidad de las resoluciones impugnadas; infracciones graves del procedimiento administrativo que determinan indefensión del interesado y nulidad y/o anulabilidad de las resoluciones impugnadas, en concreto por la consideración de que los informes de control financiero fueron realizados por órgano manifiesta incompetente; nulidad del procedimiento de reintegro al no haber tenido en cuenta la documentación remitida por la demandante; y vulneración del procedimiento de los artículos 47.2 , 48.1 y 48.2 de la LSG 9/2007 , y artículos 49.2 y 50 de la Ley General de Subvenciones 38/2003, de 17 de noviembre , estatal. Y errores en la apreciación de los hechos, en la valoración de las pruebas documentales y en la aplicación del Derecho que implican que las resoluciones impugnadas no se ajusten a Derecho por cuestiones de fondo. Y tras la exposición de hechos refiere como fundamentos jurídicos materiales de la demanda la caducidad del procedimiento y nulidad de las resoluciones administrativas impugnadas; y nulidad por la ausencia del procedimiento legalmente establecido; cesión contraria a Derecho de potestades administrativas a la entidad auditora privada; vulneración del principio de proporcionalidad e inexistencia de cusa para acordar el reintegro y falta de aplicación del principio de proporcionalidad en el reintegro, y anulabilidad por aplicación del artículo 63 de la Ley 30/1992 .

SEGUNDO.- Caducidad del procedimiento y nulidad de las resoluciones impugnadas.

Se basa la parte demandante en la consideración de que por resolución de 28 de julio de 2014, folios 904 a 915 del expediente administrativo, notificada el 5 de agosto de 2014, se acordó el inicio del procedimiento de reintegro y concluye por resolución de 3 de septiembre de 2015 notificada el 10 de septiembre de 2015, folios 949 a 958, por lo que transcurrieron más de 12 meses. Al respecto la parte demandada no se opone al argumento en el escrito de contestación.

Conforme dispone la Ley 9/2007, de 13 de junio, de subvenciones de Galicia, en su artículo 38 , al regular el procedimiento de reintegro, "5. El plazo máximo para resolver y notificar la resolución del procedimiento de reintegro será de doce meses desde la fecha del acuerdo de la iniciación. Dicho plazo podrá suspenderse y ampliarse de acuerdo con lo previsto en los apartados 5 y 6 del artículo 42 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común .



Si transcurre el plazo para resolver sin que se haya notificado resolución expresa, se producirá la caducidad del procedimiento, sin perjuicio de continuar las actuaciones hasta su terminación y sin que se considere interrumpida la prescripción por las actuaciones realizadas hasta la finalización del citado plazo".

E igualmente en la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, que es legislación básica estatal, se dispone en su artículo 42 , al regular el procedimiento de reintegro, que "1. El procedimiento de reintegro de subvenciones se regirá por las disposiciones generales sobre procedimientos administrativos contenidas en el título VI de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, sin perjuicio de las especialidades que se establecen en esta ley y en sus disposiciones de desarrollo.

2. El procedimiento de reintegro de subvenciones se iniciará de oficio por acuerdo del órgano competente, bien por propia iniciativa, bien como consecuencia de orden superior, a petición razonada de otros órganos o por denuncia. También se iniciará a consecuencia del informe de control financiero emitido por la Intervención General de la Administración del Estado.

3. En la tramitación del procedimiento se garantizará, en todo caso, el derecho del interesado a la audiencia.

4. El plazo máximo para resolver y notificar la resolución del procedimiento de reintegro será de 12 meses desde la fecha del acuerdo de iniciación. Dicho plazo podrá suspenderse y ampliarse de acuerdo con lo previsto en los apartados 5 y 6 del artículo 42 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común .

Si transcurre el plazo para resolver sin que se haya notificado resolución expresa, se producirá la caducidad del procedimiento, sin perjuicio de continuar las actuaciones hasta su terminación y sin que se considere interrumpida la prescripción por las actuaciones realizadas hasta la finalización del citado plazo.

5. La resolución del procedimiento de reintegro pondrá fin a la vía administrativa".

Como señala el TS en su sentencia de 21-12-2015 (Rec. 2520/2013): "De conformidad con el artículo 42.1 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones , el procedimiento de reintegro de subvenciones se regirá por las disposiciones generales sobre procedimientos administrativos contenidas en el título VI de la Ley 30/1992 (del que no forma parte el artículo 44.2 citado como infringido por la parte recurrente), "sin perjuicio de las especialidades que se establecen en esta ley y en sus disposiciones de desarrollo", entre las que se encuentra la regulación propia y específica sobre los plazos y efectos de la caducidad del procedimiento, establecida por el apartado 4 del artículo 42 de la Ley 38/2003 ,... "

"Así, el plazo ha de contarse desde la fecha del acuerdo de iniciación (...) hasta la notificación del acuerdo de reintegro (...) con lo que, en principio, en el supuesto a estudio este plazo se habría superado ampliamente...

Dicho acuerdo venía referido expresamente al procedimiento de reintegro que conduce a la resolución recurrida (PCT-2006-G28826055-PCT-120000-2006-0017, ANUALIDAD: 2007) y determinaba la ampliación del plazo de caducidad...

...El art. 42-6 de la LRJ-PAC 30/1992 contempla la posibilidad de ampliar el plazo máximo legal para resolver un procedimiento y notificar la resolución y determina que:

"6. Cuando el número de las solicitudes formuladas o las personas afectadas pudieran suponer un incumplimiento del plazo máximo de resolución, el órgano competente para resolver, a propuesta razonada del órgano instructor, o el superior jerárquico del órgano competente para resolver, a propuesta de éste, podrán habilitar los medios personales y materiales para cumplir con el despacho adecuado y en plazo.

Excepcionalmente, podrá acordarse la ampliación del plazo máximo de resolución y notificación mediante motivación clara de las circunstancias concurrentes y sólo una vez agotados todos los medios a disposición posibles.

De acordarse, finalmente, la ampliación del plazo máximo, éste no podrá ser superior al establecido para la tramitación del procedimiento.

Contra el acuerdo que resuelva sobre la ampliación de plazos, que deberá ser notificado a los interesados, no cabrá recurso alguno".

"...En cuanto a lo que ello supone para la caducidad, la Sala no desconoce la existencia de la que se cita como una única S. TS de 30-7-2013 Rec. 213 / 2012 que en la interpretación del artículo 42-4 de la Ley General de Subvenciones viene a entender que: "... los efectos de la caducidad se restringen a que el plazo de doce meses no computará como interrupción para la prescripción, pero las actuaciones continuarán "hasta su terminación", sin que la caducidad afecte a la validez de la resolución que ponga fin al procedimiento de reintegro".



"La literalidad de lo expuesto vendría a suponer que en materia subvencional existe una caducidad que está privada de su consecuencia básica y lógica (que las actuaciones llevadas a cabo en el procedimiento caducado no interrumpen la prescripción) y que, se hubiese producido o no la caducidad con la posible derivada de la prescripción del derecho, la resolución que pone fin al procedimiento caducado en materia subvencional es válida y ejecutiva por sí misma en el reintegro dispuesto (criterio del Abogado del Estado) y además no se ve afectada en su validez a los efectos interruptivos del plazo de prescripción del derecho al reintegro.

No parece ser esta la consecuencia en la que está pensando en la norma subvencional que, vista su dicción literal, lejos de sustraerse al efecto propio de toda caducidad en cuanto a la nula incidencia de las actuaciones caducadas en la interrupción de la prescripción del derecho ("sin que se considere interrumpida la prescripción por las actuaciones realizadas hasta la finalización del citado plazo"), y la lógica derivada de su ineptitud para concluir un procedimiento con eficacia resolutoria (no puede haber un actoresolutorio sin procedimiento que lo sustente pues están viciados de nulidad de pleno derecho los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido, y no en vano, en el caso de autos, la propia Administración procedió a iniciar un nuevo procedimiento de reintegro en 2013 acto seguido de declarar caducado el iniciado en 2011), lo que sí viene a establecer dicha norma subvencional es unas especialidades frente a la caducidad tal y como venía regulada en la LRJ-PAC 30/1992, especialidades en el plazo de caducidad que es de 12 meses (S. TS 30-6-2014, rec. 2668/2011) y en relación a que la Administración no está obligada concluir el procedimiento mediante resolución que consista en la declaración de la caducidad tan pronto como concurra la misma, sino que simplemente puede "continuar las actuaciones hasta su terminación".

"Esta última consecuencia es lógica y su finalidad se ve claramente reflejada en la actual LPACAP 39/2015 cuando en su art. 95 señala:

"3. La caducidad no producirá por sí sola la prescripción de las acciones del particular o de la Administración, pero los procedimientos caducados no interrumpirán el plazo de prescripción.

En los casos en los que sea posible la iniciación de un nuevo procedimiento por no haberse producido la prescripción, podrán incorporarse a este los actos y trámites cuyo contenido se hubiera mantenido igual de no haberse producido la caducidad. En todo caso, en el nuevo procedimiento deberán cumplimentarse los trámites de alegaciones, proposición de prueba y audiencia al interesado.

Son puras razones de economía de trámites, más que evidentes en materia subvencional, las que aconsejan que pese a que el procedimiento pueda haber caducado el mismo continúe hasta su terminación pues de ello puede resultar, incluso, que no existe causa de revocación y reintegro y, en caso contrario, las actuaciones realizadas una vez producida la caducidad podrían llevarse a un ulterior procedimiento de no haber prescrito el derecho. En este extremo incide especialmente el Tribunal Supremo en su sentencia de 21-12-2015, Rec. 2520/2013 , en la interpretación del art. 42-4 de la LGS 38/2003:

"No compartimos los argumentos de la parte recurrente sobre la ilegalidad de la incorporación al nuevo expediente de reintegro, iniciado el 30 de julio de 2008, del informe definitivo de control financiero, elaborado por la Intervención Regional de Andalucía del Ministerio de Hacienda, de fecha 15 de mayo de 2002 (folios 4 a 53 del expediente), pues de conformidad con el artículo 42.4 de la Ley 38/2003 , antes citado, la caducidad del procedimiento por el transcurso de plazo de 12 meses para resolver sin haberse notificado la resolución, produce la caducidad del procedimiento, con el efecto de que no se podrá considerar interrumpida la prescripción "por las actuaciones realizadas hasta la finalización de dicho plazo", pero esa declaración de caducidad no impide la apertura de un nuevo procedimiento de reintegro, en tanto no haya prescrito el derecho de la Administración a reconocer o liquidar el reintegro por el transcurso del plazo de 4 años establecido en el artículo 39.1 de la Ley 38/2003 .

La jurisprudencia de esta Sala, recogida en la sentencia de 18 de junio de 2014 , que a su vez se remite a las STS de 24 de febrero de 2004 (recurso 3754/2001) y 21 de noviembre de 2012 (recurso 5618/2009), estima aplicable el principio de conservación de actos y trámites del artículo 66 de la Ley 30/1992 , a los procedimientos administrativos caducados, señalando que el archivo de las actuaciones consecuencia de la declaración de caducidad, comporta:

a) Que el acuerdo de iniciar el nuevo expediente sancionador (si llega a producirse) puede y debe fundarse en los mismos documentos que, con el valor de denuncia, determinaron la iniciación del expediente caducado. De lo contrario carecería de sentido aquel mandato legal. Afirmación, esta primera, que cabe ver, entre otras, en las sentencias de esta Sala Tercera del Tribunal Supremo de fechas 1 de octubre de 2001), 15 de octubre de 2001 , 22 de octubre de 2001 y 5 de noviembre de 2001 .

b) Que en ese nuevo expediente pueden surtir efectos, si se decide su incorporación a él con observancia de las normas que regulan su tramitación, actos independientes del expediente caducado, no surgidos dentro de



él, aunque a él se hubieran también incorporado. Concepto, este, de actos independientes, que también cabe ver en las sentencias que acaban de ser citadas.

c) Que no cabe, en cambio, que en el nuevo procedimiento surtan efecto las actuaciones propias del primero, esto es, las surgidas y documentadas en éste a raíz de su incoación para constatar la realidad de lo acontecido, la persona o personas responsables de ello, el cargo o cargos imputables, o el contenido, alcance o efectos de la responsabilidad, pues entonces no se daría cumplimiento al mandato legal de archivo de las actuaciones del procedimiento caducado.

d) Que cabe, ciertamente, que en el nuevo procedimiento se practiquen otra vez las mismas actuaciones que se practicaron en el primero para la constatación de todos esos datos, circunstancias y efectos. Pero habrán de practicarse con sujeción, ahora y de nuevo, a los trámites y garantías propios del procedimiento sancionador y habrán de valorarse por su resultado o contenido actual y no por el que entonces hubiera podido obtenerse. Y

e) Que, por excepción, pueden surtir efecto en el nuevo procedimiento todas las actuaciones del caducado cuya incorporación solicite la persona contra la que se dirige aquel, pues la caducidad "sanciona" el retraso de la Administración no imputable al administrado y no puede, por ello, desenvolver sus efectos en perjuicio de este".

En consecuencia ha de estimarse la denunciada caducidad y habrá de valorarse la incidencia de la misma en la posible prescripción del derecho de la Administración al reintegro, cuestión suscitada a las parte en el uso de la facultad conferida por el art. 33-2 de la LJCA ...".

En el supuesto de autos, consta que la fecha de la incoación es el 28 de julio de 2014, y la resolución que pone fin al procedimiento de reintegro es de 2 de septiembre de 2015, habiendo sido notificada el 10 de septiembre de 2015. Por consecuencia y entre ambas fecha ha transcurrido un plazo superior a los 12 meses a que se refieren los preceptos más arriba transcritos, por lo que ha de entenderse que el procedimiento ha caducado y no hay constancia de que se acordase ninguna interrupción ni ampliación del plazo, por lo que procede, con estimación de la demanda, la anulación de la resolución recurrida.

TERCERO.- Costas procesales.

Con imposición del pago de las costas procesales a la parte demandada dentro del límite total de 1.500 euros por todos los conceptos (artículo 139 de la LJCA).

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido:

1) Estimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Procurador D. Domingo Rodríguez Siaba, en nombre y representación de CERMAR, S.L.; contra la resolución de fecha 29 de junio de 2016 de la Secretaría General Técnica de la Consellería do Medio Rural e do Mar de la Xunta de Galicia, que desestima el recurso de reposición contra la resolución de fecha 2 de septiembre de 2015 del mismo órgano por la que se acuerda el reintegro de subvención concedida a la citada entidad mercantil en el expediente PE 201/B(2009/45-5 (Subvenciones FEP), por un importe de 263.549,64 euros junto con los correspondientes intereses de demora devengados desde la fecha de pago de esta.

2) Anular las resoluciones recurridas.

3) Imponer el pago de las costas procesales a la parte demandada dentro del límite establecido en la fundamentación jurídica de la presente resolución.

Contra esta sentencia cabe interponer, bien ante el Tribunal Supremo, bien ante la correspondiente Sección de esta Sala, el recurso de casación previsto en el artículo 86 de la Ley jurisdiccional , que habrá de prepararse mediante escrito a presentar en esta Sala en el plazo de treinta días y cumpliendo los requisitos indicados en el artículo 89.2 de dicha ley .

Firme que sea la presente, devuélvase el expediente administrativo al Centro de su procedencia, junto con certificación y comunicación.

Así se acuerda y firma.