



**Consejo Jurídico
de la Región de Murcia**

Dictamen nº **208/2014**

El Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en sesión celebrada el día 18 de julio de 2014, con la asistencia de los señores que al margen se expresa, ha examinado el expediente remitido en petición de consulta por el Excmo. Sr. Consejero de Presidencia y Empleo, mediante oficio registrado el día 26 de mayo de 2014, sobre revisión de oficio de la Resolución de 26 de junio de 2009 del Director General del SEF, de obligación de reintegro total de subvención concedida a la Asociación de Autónomos para el Fomento y Desarrollo Sociolaboral (expte. **161/14**), aprobando el siguiente Dictamen.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Mediante resolución del Director General del Servicio Regional de Empleo y Formación (SEF), de 28 de julio de 2006, se concedió a la entidad Asociación de Autónomos para el Fomento y Desarrollo Sociolaboral (AFODES), una subvención de 144.000 euros, todo ello en aplicación del Programa 3, "Programas experimentales", regulado en la Orden de 14 de marzo de 2006, por la que se aprueban las bases reguladoras de los programas de Orientación Profesional, Cultura Empresarial y Programas Experimentales y se realiza su convocatoria para el ejercicio 2006 (en lo sucesivo, Orden de convocatoria).

A tenor de lo prevenido en el artículo 47 de la citada Orden se procedió al pago anticipado del importe de la subvención, previa constitución de garantía a favor del SEF por la cantidad antes indicada, mediante un seguro de caución suscrito con --, --, depositado en la Caja de Depósitos de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, con el número de registro CARM/--.

SEGUNDO.- Con fecha 23 de noviembre de 2007 la empresa auditora -- emite un primer informe de auditoría en el que, al no haber justificado la beneficiaria en un 100% la subvención recibida, se recomienda al SEF la iniciación del procedimiento de reintegro de la cantidad total percibida de 144.000 euros.

TERCERO.- Mediante escrito de 28 de febrero de 2008 el SEF requirió a -- (mercantil con la que AFODES, debidamente autorizada por el SEF, subcontrató la impartición de cursos formativos destinados a los beneficiarios del programa subvencionado) justificación de la actividad realizada. Cumplimentado el requerimiento, el SEF volvió a dirigirse a --, a fin de que subsanase diversos defectos detectados en la documentación recibida, sin que conste que la misma se llevase a cabo.

CUARTO.- Figura incorporado al expediente informe de la Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social, en el que se concluye que tanto AFODES como --, habrían incurrido en una serie de irregularidades que darían lugar tanto al reintegro de la subvención percibida, como a la imposición de sanciones.

QUINTO.- El día 8 de julio de 2008 se dicta acuerdo de inicio del procedimiento de reintegro del importe total de la subvención concedida, lo que fue debidamente notificado a la entidad beneficiaria el siguiente día 18 de julio. La mercantil, mediante escrito que tuvo entrada en el Registro del Servicio Público de Empleo Estatal el 4 de agosto de 2008, formuló las alegaciones que estimó convenientes.

SEXTO.- A la vista de las alegaciones de la beneficiaria de la subvención, con fecha 27 de febrero de 2009 se le requiere por el SEF para que aporte una serie de documentos, lo que se cumplimenta mediante escrito de 23 de marzo de 2009.

SÉPTIMO.- Con fechas 3 de febrero y 23 de junio de 2009, la empresa auditora antes mencionada, emite nuevos informes mediante los que se indica que, una vez revisadas las alegaciones formuladas y los documentos aportados por la beneficiaria, se ha de concluir que AFODES no ha justificado la subvención percibida y que, por lo tanto, se ha de continuar con el expediente de reintegro iniciado en su día.

OCTAVO.- Con fecha 26 de junio de 2009 el Director General del SEF, a propuesta del Subdirector General de Empleo, dicta Resolución por la que se acuerda:

1. Declarar la obligación de AFODES de reintegrar la cantidad de 144.000 euros, importe de la subvención concedida en el expediente de referencia, como consecuencia de haber incumplido la obligación de su justificación en dicha cuantía, la cual será incrementada con los intereses de demora devengados desde el momento del pago efectivo de la subvención.
2. Practicar la liquidación de la deuda por importe de la subvención más el interés de demora, en los términos que se señalan en el apartado anterior.
3. Notificar la Resolución al interesado, informándole que la misma agota la vía administrativa, e indicándole los recursos que tanto en vía administrativa como judicial cabrían contra ella.

La liquidación de reintegro, con el número 1542009910382600052620095100, se practicó por la cantidad total de 158.960,22 euros (144.000 euros, montante de la subvención, más 14.960,22 euros, importe de los intereses devengados desde el 22 de noviembre de 2006 hasta el 26 de junio de 2009).

La notificación tanto de la Resolución como de la liquidación, se llevó a cabo el día 1 de julio de 2009, tal como aparece acreditado al folio 590 del expediente, sin que conste que la misma fuese impugnada por cualquiera de las vías posibles para ello.

NOVENO.- Mediante Resolución del Director General del SEF de 17 de enero de 2013, se procedió a solicitar a la Agencia Tributaria de la Región de Murcia la incautación de la garantía registrada con el número CARM/--, constituida mediante seguro de caución por la entidad --, hasta cubrir el importe de la deuda que asciende a 158.960,22 euros.

DÉCIMO.- Al folio 608 del expediente aparece un escrito depositado en una oficina de Correos de Madrid el 11 de junio de 2013 y firmado por x, en nombre y representación de la aseguradora --, (antes --), por el que manifiesta a la Caja General de Depósitos de la Dirección General de Presupuestos y Fondos Europeos de la Consejería de Hacienda de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, que han tenido conocimiento de que se ha notificado la resolución recaída en el expediente A6-000837-60, de incautación de garantía, a una entidad distinta, por lo que solicita que dicha resolución les sea notificada en la dirección que, al efecto, señalan.

UNDÉCIMO.- Mediante escrito presentado en una oficina de Correos de Madrid el día 28 de junio de 2013 por el representante de --, se solicita la declaración de nulidad de pleno derecho de la Resolución del Director General de SEF de 26 de junio de 2009, por la que se declaró la obligación de reintegrar la subvención concedida a AFODES, por un importe de 144.000 euros, más los intereses devengados desde el momento de la concesión, con base a la falta de audiencia de dicha aseguradora tanto en el expediente de reintegro cuya resolución se solicita anular, como en el posterior expediente de apremio; audiencia que, a su juicio, resulta obligada debido a la condición de parte interesada en el procedimiento y cuya omisión le ha causado una clara indefensión.

Apoya su postura en lo previsto con carácter general en los artículos 42 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones (LGS) y 36.3 de la Ley 7/2005, de 18 de noviembre, de Subvenciones de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia (LSRM) y, de forma específica, en el artículo 49.2 del Reglamento de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, aprobado por el Real Decreto 887/2006, de 21 de julio (RS), en el que se afirma que *'el avalista o asegurador será considerado parte interesada en los procedimientos que afecten directamente a la garantía prestada en los términos previstos en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común'*.

Finaliza su escrito solicitando lo siguiente:

1. Que se acuerde la nulidad del expediente administrativo de reintegro, basándose para ello en los motivos que

se prevén en las letras a) y e) del artículo 62.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC).

2. Que se ordene a la Agencia Regional de Recaudación la suspensión automática del procedimiento de apremio.

3. Que se ordene a la Sección de Ordenación y pagos, Caja de Depósitos de Murcia, que deje sin efecto la orden de pago despachada.

DUODÉCIMO.- Posteriormente la mercantil lleva a cabo la subsanación de diversas deficiencias detectadas en el escrito de solicitud de nulidad y en la documentación que lo acompañaba. De ello destaca la aportación de la copia de la escritura sobre la fusión por absorción entre --, (absorbente) y -- (absorbida). Posteriormente --, se constituyó en --.

DECIMOTERCERO.- Figura incorporado al expediente un informe emitido por el Jefe de Servicio de Tesorería de la Dirección General de Presupuestos y Fondos Europeos, de la Consejería de Economía y Hacienda, en el que, en relación con una solicitud de suspensión cautelar y automática de las órdenes de pago y de nulidad de pleno derecho de todo el expediente administrativo, así como del procedimiento de apremio, indica que el procedimiento de incautación de la fianza fue correctamente tramitado, sin que se produjera indefensión al avalista; y en lo que se refiere al procedimiento de apremio señala que la competencia para una posible anulación del mismo correspondería a la administración tributaria.

DECIMOCUARTO.- Con fecha 18 de diciembre de 2013 se dicta Acuerdo del Presidente del SEF por el que se inicia el procedimiento de declaración de nulidad de la Resolución de 26 de junio de 2009, del Director General del SEF, por la que se declaraba la obligación de AFODES de reintegrar la subvención recibida, más los intereses correspondientes. Dicho Acuerdo fue notificado a las partes (beneficiaria y entidad aseguradora), sin que ninguna de ellas formulase alegaciones.

DECIMOQUINTO.- El 10 de febrero de 2014 el Servicio Jurídico del SEF emite informe favorable a la nulidad solicitada.

DECIMOSEXTO.- Con la misma fecha el Director General del SEF propone al Presidente de dicho Organismo declarar nula de pleno derecho la Resolución de 26 de junio de 2009, de reintegro total de la subvención concedida a AFODES por importe de 144.000 euros, más intereses de demora devengados desde la fecha de pago, debiéndose retrotraer el procedimiento a la fecha del acuerdo de inicio del procedimiento de reintegro, con el fin de que se otorgue audiencia a la entidad aseguradora, para que efectúe las alegaciones que considere convenientes en defensa de su derecho.

DECIMOSÉPTIMO.- La anterior propuesta fue informada favorablemente por el Servicio Jurídico de la Consejería consultante.

Idéntico parecer favorable a la propuesta manifiesta la Dirección de los Servicios Jurídicos en informe de 27 de marzo de 2014.

DECIMOCTAVO.- Se incorpora al expediente un borrador de Orden del Presidente del SEF en la que se acoge íntegramente la propuesta formulada por el Director General de dicho Servicio.

En tal estado de tramitación y una vez incorporados los preceptivos extracto de secretaría e índice de documentos, se remite el expediente en solicitud de Dictamen, mediante escrito recibido en el Consejo Jurídico el pasado 26 de mayo de 2014.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo y habilitante de acuerdo con lo dispuesto en el artículo

102.1 LPAC en relación con el 12.6 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, al versar sobre la propuesta de resolución de un procedimiento para la declaración de nulidad de pleno derecho de un acto administrativo.

SEGUNDA.- Acto revisable, temporaneidad de la acción y procedimiento.

I. El artículo 102.1 LPAC establece que las Administraciones Públicas, en cualquier momento, por iniciativa propia o a solicitud de interesado (circunstancia que concurre en el presente supuesto), y previo Dictamen favorable del Consejo de Estado u Órgano Consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma, declararán de oficio la nulidad de los actos administrativos que hayan puesto fin a la vía administrativa, o que no hayan sido recurridos en plazo, en los supuestos previstos en su artículo 62.1.

II. Es objeto del procedimiento de revisión de oficio que ahora se dictamina la Resolución del Director del SEF de 26 de junio de 2009, por la se declaraba la obligación de AFODES de reintegrar la cantidad de 144.000 euros, importe de la subvención que se le concedió en su día, más los intereses de demora devengados.

De conformidad con el citado artículo 102 LPAC, los actos susceptibles de ser revisados deberán haber puesto fin a la vía administrativa o no haber sido recurridos en plazo. En el supuesto sometido a consulta, la indicada Resolución cumple el segundo de los requisitos, puesto que, conforme a lo establecido en el artículo 23.2 de la Ley 9/2002, las resoluciones del Director General del SEF son recurribles en alzada ante el Presidente, actuación que en ningún caso pudo llevar a cabo el interesado, ya que no fue parte en el procedimiento ni se le notificó su resolución, con lo que la Resolución cuya nulidad se pretende constituye un acto firme.

No consta en el expediente si las peticiones de la mercantil interesada en orden a la declaración de nulidad del procedimiento de apremio fueron atendidas ni, en caso afirmativo, en qué medida. Tampoco se contiene información sobre la situación en la que se encuentra la incautación de la garantía. No obstante, ciñéndose el presente caso a la solicitud de nulidad del acto por el que se concluyó el procedimiento de reintegro de la subvención, la documentación que conforma el expediente que se ha hecho llegar a este Consejo se considera suficiente y adecuada.

III. En cuanto a la temporaneidad de la acción de nulidad el artículo 102 LPAC consagra el carácter imprescriptible de la misma.

IV. El citado artículo 102 LPAC no contempla un procedimiento específico a seguir en los expedientes de declaración de nulidad, por lo que se habrán de entender aplicables las normas recogidas en el Título VI de dicho cuerpo legal, si bien con la especialidad prevista en el citado precepto relativa a la preceptividad del previo Dictamen favorables del órgano consultivo que corresponda.

El procedimiento se ha iniciado a instancia de parte interesada (avalista), y consta en el expediente remitido que se ha concedido trámite de audiencia tanto al beneficiario de la subvención como al avalista, se ha solicitado y evacuado el preceptivo informe de la Dirección de los Servicios Jurídicos, habiéndose formulado propuesta de resolución y solicitado la emisión del presente Dictamen.

A tenor de lo establecido en artículo 24.1 de la Ley 9/2002, corresponde al Presidente del SEF la resolución de los procedimientos de revisión de oficio previstos en el artículo 102 y siguientes LPAC.

En cuanto al plazo para resolver, cuando el procedimiento se hubiera iniciado de oficio, el transcurso de tres meses desde su inicio sin dictarse resolución producirá la caducidad del mismo. Si el procedimiento se hubiera iniciado a solicitud de interesado (como ocurre en el presente caso), el transcurso de dicho plazo sin resolución expresa implicará la desestimación por silencio administrativo de la solicitud de revisión de oficio (artículo 102.5).

TERCERA.- Sobre el fondo del asunto.

Solicita la mercantil interesada la declaración de nulidad de pleno derecho de la Resolución del Director General de SEF anteriormente citada, fundamentando dicha petición en los motivos de nulidad previstos en las letras a) y e) del artículo 62.1 LPAC, es decir, por considerar que se han lesionado derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional y porque se ha dictado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido.

Una reiterada jurisprudencia (por todas Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de octubre de 1980), así como doctrina del Consejo de Estado (Dictamen 1.494/2007) y la de este Consejo Jurídico en diversos Dictámenes emitidos como consecuencia de expedientes de revisión de oficio que le han sido sometidos, considera esta revisión como una potestad excepcional de la Administración para dejar sin efecto sus propios actos al margen de cualquier intervención jurisdiccional, razón por la cual esta potestad ha de ser objeto de interpretación restrictiva y sólo aplicable a aquellos supuestos en los que los actos a revisar adolezcan de un defecto de la máxima gravedad, de manera que las situaciones excepcionales en las que tal potestad haya de ser aplicada deben analizarse con suma cautela, procurando coherencia los principios básicos de legalidad, en virtud del que se establece la posibilidad de revisar los actos administrativos cuando se constata su ilegalidad, y el de seguridad jurídica, que postula la conservación de los actos ya dictados y su irrevocabilidad administrativa.

I. La primera causa de nulidad que se invoca por la interesada es la contemplada en la letra a) del artículo 62.1 LPAC, es decir, que al dictar la Resolución del SEF, repetidamente mencionada, se habrían lesionado derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional. En concreto se alega la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 de la Constitución, al haberse ocasionado indefensión con ocasión de haber tramitado un expediente en el que se suscitaban cuestiones susceptibles de lesionar intereses legítimos del solicitante de nulidad, sin haberle dado ocasión de defender sus derechos.

Aun contando con el carácter excepcional de la revisión de oficio, al que antes hacíamos referencia, la consecuencia jurídica de la violación de derechos fundamentales al dictar un acto administrativo no puede ser otra que la nulidad radical, como se desprende de la doctrina del Tribunal Constitucional (Sentencia 114/1984, de 29 de noviembre, entre otras), y del Tribunal Supremo (Sentencia 26 de junio de 1992, entre otras muchas).

La argumentación realizada por la interesada guarda relación con la interdicción de la indefensión que consagra el citado artículo 24. Ahora bien, como ya ha tenido ocasión de manifestar este Consejo Jurídico (por todos Dictamen núm. 56/2011), el derecho a la defensa sólo constituye un derecho susceptible de amparo constitucional en el marco del procedimiento sancionador, citando, en apoyo de dicha afirmación, el contenido de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de junio de 1981, en la que se sostiene que *"las garantías consagradas en el artículo 24 de la Constitución sólo resultan aplicables en los procesos judiciales y en los procedimientos administrativos de carácter sancionador, consecuencia de la identidad de naturaleza de los mismos. Al ser ambas manifestaciones del poder punitivo del Estado, los dos deben inspirarse en los mismos principios, tanto materiales (art. 25 CE) como formales (art. 24 CE)"*. Ahora bien, cuando se dice que el derecho de defensa dimanante del artículo 24 no resulta de aplicación al procedimiento administrativo no es que se afirme que los ciudadanos carezcan del mismo, sino únicamente que ese derecho de defensa no es el del artículo 24 y, por tanto, no tiene rango de derecho fundamental.

Por otro lado, cuando la indefensión se alegue con ocasión de la falta del trámite de audiencia (como ocurre en el supuesto que se dictamina), y dicha omisión haya producido la indefensión real y material, procederá la declaración de nulidad, pero, si no es en el marco de un procedimiento sancionador, sólo cabrá apreciarla con relación a la letra e) del artículo 62.1 LPAC, lo que, en relación con el presente caso, se analiza a continuación.

II. En cuanto a la causa de nulidad prevista en el artículo 62.1,e) LPAC, cabe señalar, en primer lugar, la evolución jurisprudencial que ha permitido que, pese al rigor de la expresión legal "total y absolutamente", puedan declararse nulos actos dictados con la omisión de trámites esenciales que por su transcendencia dañan sustancialmente las garantías que el legislador otorga a los interesados. La jurisprudencia establece que para declarar la nulidad por omisión del procedimiento legalmente establecido, tal omisión ha de ser clara, manifiesta y ostensible. Así, entre otras muchas, la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de diciembre de 2012, en la que se recuerda lo siguiente: *"Nuestra jurisprudencia ha señalado que para apreciar esta causa de nulidad de pleno derecho no basta con la infracción de alguno de los trámites del procedimiento, sino que es necesario la ausencia total de éste o de alguno de los trámites esenciales o fundamentales, de modo que el defecto sea de tal naturaleza que sea equiparable su ausencia a la del propio procedimiento, como ha entendido esta Sala en sentencias, entre otras, de 5 de mayo de 2008 (recurso de casación núm. 9900/2003) y de 9 de junio de 2011 (recurso de casación núm. 5481/2008)"*. Lo anterior evidencia que para que puedan subsumirse en dicha causa de nulidad supuestos de omisión de trámites esenciales o en los que se sigue un procedimiento que no es el indicado por el legislador para la tutela de los bienes jurídicos que son objeto de protección por medio de los distintos trámites en él previstos, tiene que tratarse de trámites que por su cualificación hayan de ser rigurosamente observados, por lo que debe estarse a las circunstancias del caso concreto y a la relevancia de dichas omisiones (Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 2000). En el mismo sentido el Consejo de Estado, en su Dictamen 704/2012, de 26 de septiembre,

señala que *"resulta necesario ponderar, en cada caso, las consecuencias producidas por tal omisión a la parte interesada, la falta de defensa que realmente haya originado y, sobre todo, lo que hubiera podido variar el acto administrativo originario en caso de observarse el trámite omitido"*.

Al objeto de determinar si concurre o no la causa de nulidad invocada procede efectuar el análisis de la actuación administrativa desarrollada en el procedimiento de declaración de la obligación de reintegro de la subvención, cuyo pago anticipado había sido avalado por la entidad que ahora suscita la cuestión de nulidad.

La subvención avalada por la entidad instante fue concedida al amparo de la Orden de convocatoria antes mencionada, cuyo artículo 47.2 es del siguiente tenor: *"se podrán realizar pagos anticipados que supondrán entregas de fondos con carácter previo a su justificación, previa constitución de garantía, a favor del Servicio Regional de Empleo y Formación por la cantidad objeto del anticipo, en la forma prevista en el Decreto 138/1999, de 28 de octubre, por el que se regula el Reglamento de la Caja de Depósitos"*. Posibilidad a la que se acogió AFODES presentado a tal fin garantía de duración indefinida y con validez hasta que la Administración no autorizara su cancelación. Por otro lado, el artículo 52 de la citada Orden prevé que *"el incumplimiento por parte de las entidades promotoras de lo establecido en la presente Orden y demás disposiciones aplicables originará, a la vista de la naturaleza y causas del incumplimiento y teniendo en cuenta su incidencia en la formación y cualificación profesional de los alumnos trabajadores, el reintegro total o parcial de las cantidades percibidas y la exigencia del interés de demora desde el momento del pago de la subvención, en los supuestos establecidos en el artículo 37 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones"*.

De lo expuesto se deduce que la ejecución de la garantía requiere una previa declaración del incumplimiento por parte del beneficiario de las condiciones o de la finalidad de la subvención (entre ellas, la de justificación de las cantidades recibidas), así como de su obligación de reintegro. Pues bien, el procedimiento en el que se produce la resolución de reintegro es el que se recoge en el RS, en cuyo artículo 49.2 se establece que *"el avalista o asegurador será considerado parte interesada en los procedimientos que afecten directamente a la garantía prestada en los términos previstos en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común"*, circunstancia que no se produjo en el supuesto que nos ocupa.

Pues bien, ante un hecho idéntico al que nos ocupa el Tribunal Supremo en su Sentencia de 10 de noviembre de 2006, citada por los órganos preinformantes, señala que al avalista en el ámbito subvencional le resulta de aplicación la doctrina de ese mismo Tribunal sobre dicha figura en el campo de la contratación administrativa y ello porque aquélla no es sino *"un trasunto de los criterios contenidos en el Código Civil en materia de fianzas, que aunque referidos al campo privado, no pueden ser desconocidos en un ámbito que si bien se rige por normas administrativas, éstas deben respetar las bases que sustentan la figura contractual de la fianza, y dentro de ellas se encuentra la contenida en el art. 1853 de dicho Código, que establece que 'el fiador puede oponer al acreedor todas las excepciones que competan al deudor principal y sean inherentes a la deuda; más no las que sean puramente personales del deudor'. Resulta claro, por tanto, que no se puede relegar la posición del fiador frente al acreedor a la de un simple ejecutado, sin posibilidades de defensa, cuando puede ocurrir que el deudor haya hecho dejación de sus excepciones en procedimiento seguido para hacer efectiva la deuda, que pueden ser distintas a las muy limitadas que se prevén contra la providencia de apremio"*.

Estos criterios no son más que la traducción al campo de las subvenciones de la normativa general, contenida en el art. 31 y 34 de la Ley 30/1992, que exige la comunicación y, en su caso audiencia, de los interesados que, como en el presente caso, la resolución pueda afectarles, y su domicilio es conocido. Criterio, por otra parte, recogido en el reciente Reglamento de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, aprobado por Real Decreto 887/2006, de 21 de julio, cuyo art. 49.2, expresamente dispone que 'El avalista o asegurador será considerado parte interesada en los procedimientos que afecten directamente a la garantía prestada en los términos previstos en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común'. Y aunque esta norma, es posterior al caso que se examina, sirve, sin embargo, de criterio interpretativo para una adecuada resolución del mismo".

En el presente caso se observa, pues, que la falta de audiencia al avalista en el procedimiento de reintegro le impidió conocer a tiempo el contenido y la existencia misma de dicho acto -del que sólo tuvo noticia cuando se le notificó el acuerdo de ejecución de la garantía-, lo que ha dado lugar a que la mercantil no haya podido ni exponer sus alegaciones en el expediente ni interponer, en plazo, los recursos administrativos procedentes.

De lo anterior cabe colegir que, en este caso, el trámite de audiencia omitido reviste la naturaleza de esencial, puesto que viene configurado normativamente como un trámite imperativo e inexcusable. En este sentido se ha de recordar el contenido de la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de noviembre de 1998, en la que aprecia que la consecuencia de la omisión de un trámite esencial no puede ser otra que la nulidad absoluta prevista en el artículo 62.1,e) LPAC, ya que *"por su naturaleza y efectos se convierte en un trámite tan esencial que su sola falta puede generar la nulidad del procedimiento al amparo del artículo 47.1,c) de la antigua Ley de Procedimiento Administrativo, pues la exigencia de la norma se puede estimar integrada, no sólo cuando se prescinda total y absolutamente del procedimiento, sino cuando aun existiendo procedimiento y trámites se omitan los esenciales"*. O lo que más concretamente para un supuesto de omisión del trámite de audiencia al avalista en un procedimiento de resolución contractual indica en su sentencia de 27 de abril de 2001: *"el avalista es parte interesada en el procedimiento de resolución contractual cuando esta lleva consigo la pérdida de la fianza. Y debe recordarse que la necesidad de la observancia del trámite de audiencia, respecto de los interesados, aparecía establecida en el art. 91 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958, y ha sido mantenida en el actual art. 84 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Es por ello acertada la argumentación de la sentencia recurrida que así lo considera, y atribuye efectos invalidantes a la omisión del trámite de audiencia correspondiente a dicho interesado"*.

Por otro lado cabe considerar, como lo hace el Tribunal Superior de Justicia de Navarra, en Sentencia recaída en el Recurso contencioso-administrativo núm. 941/2001, que aunque procedimiento haya habido (con el beneficiario de la subvención), lo cierto es que en relación con el avalista se ha producido una omisión total y absoluta de procedimiento.

Finalmente cabe señalar que a los incumplimientos antes indicados cabe adicionar el que se produjo en sede de ejecución de la garantía, en el que se contravino el mandato que se contiene en el artículo 23.1,c) del Decreto 138/1999, de 28 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de la Caja de Depósitos de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, que obliga a que, con carácter previo a la solicitud de incautación por parte del organismo a cuya disposición se constituyó la garantía (en este caso el SEF), se notifique al interesado su intención de instar dicha incautación, todo ello a efectos de audiencia, trámite que a la vista de la resolución de incautación que obra a los folios 606 y 607 del expediente, tampoco se llevó a cabo.

En conclusión, este Consejo Jurídico aprecia la concurrencia de la causa de nulidad prevista en la letra e) del artículo 62.1 LPAC, por haber sido dictada la resolución del Director del SEF de 26 de junio de 2009 prescindiendo total y absolutamente del procedimiento al omitirse el trámite de audiencia a la mercantil --, cuando aquél tiene carácter preceptivo en la normativa de aplicación citada.

CUARTA.- Sobre la nulidad de los actos dictados en el procedimiento de apremio.

Tal como se ha descrito en los antecedentes, la aseguradora viene a solicitar, junto con la declaración de nulidad de la resolución de reintegro de la subvención concedida a AFODES, la de los actos dictados en su ejecución, es decir los correspondientes al procedimiento de apremio e incautación de la garantía.

A tales efectos el único acto de ejecución que el SEF puede anular es la resolución de propuesta de incautación dictada por el Director de dicho Organismo el 17 de enero de 2013 (folios 606 y 607 del expediente). Los subsiguientes, consistentes en la incautación de la fianza y procedimiento de apremio, sólo pueden ser anulados por los órganos que los emitieron.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula las siguientes

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Procede declarar la nulidad de pleno derecho del acto administrativo reseñado en el apartado II de la Consideración Segunda de este Dictamen, al amparo del artículo 62.1,e) LPAC (Resolución del Director General del SEF de 26 de junio de 2009), por las razones expresadas en la Consideración Tercera; así mismo habrá de declararse la nulidad del posterior acto tendente a la incautación de la garantía (Resolución del Director General del SEF de 17 de enero de 2013); ordenando la retroacción del expediente de reintegro al momento en el que debió concederse audiencia al avalista, procediendo a evacuar dicho trámite a fin de que aquél pueda ser oído en el procedimiento y ser parte hasta su resolución.

SEGUNDA.- En consecuencia, la propuesta de resolución objeto del presente Dictamen, en cuanto tiene como objeto dicha declaración de nulidad, se dictamina favorablemente, aunque la misma debe completarse con la declaración de nulidad de la resolución de propuesta de incautación de la garantía y la indicación del precepto de la LPAC que dota de cobertura a dichas declaraciones de nulidad.

TERCERA.- Ha de darse traslado de la declaración de nulidad a los órganos competentes de la Consejería de Economía y Hacienda, con el fin de que procedan a dejar sin efecto los actos dictados en el procedimiento administrativo de apremio, así como en el de incautación de la garantía.

No obstante, V.E. resolverá.

