

(Sentencia extraída de [www.ecoiurislapagina.com](http://www.ecoiurislapagina.com))

## **SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 9ª, Sentencia de 13 de Noviembre de 2000)**

Ponente: Cadenas Cortina, Cristina Concepción.

Nº de sentencia: 927/2000

Nº de recurso: 1728/1995

Jurisdicción: CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

### Texto

En la Villa de Madrid a 13 Nov. 2000.

### SENTENCIA

Visto por la Sección Novena de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, el presente recurso contencioso administrativo núm. 1728/95, interpuesto por el Procurador de los Tribunales Sr. De Diego Quevedo, en nombre y representación de MAPFRE CAUCION Y CRÉDITO, S.A., contra la resolución del Ministerio de Industria y Energía, de 23 May. 1995, que desestima recurso interpuesto contra resolución de la Subsecretaría de Industria y Energía de 1 Ago. 1994, habiendo sido parte la Administración demandada representada por el Abogado del Estado.

Y habiendo actuado como codemandado el procurador de los Tribunales D. Federico Pinilla Peco, en nombre y representación de FERTILIZANTES ESPAÑOLES S.A.

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.** Interpuesto el recurso y seguidos los trámites prevenidos en la Ley, se emplazó a la demandante para que formalizara la demanda, lo que verificó dentro de plazo, mediante escrito en el que suplica se dicta sentencia declarando no ajustada a Derecho la resolución administrativa objeto de la impugnación.

**SEGUNDO.** El Abogado del Estado y el Procurador D. Federico Pinilla Peco contesta a la demanda, mediante escrito en el que suplican se dicte sentencia en la que se confirme la resolución recurrida por encontrarse ajustada a Derecho.

**TERCERO.** No habiéndose recibido el presente proceso a prueba, se emplazó a las partes para que evacuasen el trámite de conclusiones prevenido en el art. 78 de la Ley de la Jurisdicción y, verificado, quedaron los autos pendientes para votación y Fallo.

**CUARTO.** En este estado se señala para votación el día 7 Nov. 2000 teniendo así lugar.

**QUINTO.** En la tramitación del presente proceso se han observado las prescripciones legales.

Siendo Ponente el Magistrado Ilmo. Sr. D. Cristina Cadenas Cortina.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**Primero.** El presente recurso contencioso-administrativo fue interpuesto por el Procurador Sr. de Diego Quevedo en representación de MAPFRE CAUCIÓN Y CRÉDITO contra resolución del Ministerio de Industria y Energía de 23 May. 1995, que desestima recuso ordinario contra resolución de la Subsecretaría de Industria y Energía de 1 Ago. 1994, por la que se revoca parcialmente la subvención otorgada a FERTILIZANTES ESPAÑOLES FESA, y se practicaba liquidación por 14.058.950 ptas., más 3.562.884 por intereses, un total de 17.621.834 ptas., ordenando la incautación del aval de 16.160.000 ptas. constituido por la aquí recurrente.

Según los datos que constan en el expediente, la resolución de la Subsecretaría del Ministerio de Industria y Energía de 1 Ago. 1994 revoca parcialmente la subvención concedida por importe de 16.160.000 ptas., a FESA, para el proyecto denominado « Tostación de residuos de titanio en la planta de ácido sulfúrico AS-2 », que se había concedido en base a la Orden de 1 Ago. 1990 del Ministerio de Industria y Energía, que establece el procedimiento de concesión de subvenciones a los proyectos acogidos al programa de creación de una base industrial, energética y tecnológica medioambiental.

La revocación se produce en base a un Acta de comprobación de las inversiones, de 24 Feb. 1993, en la que se constata una inversión inferior a la prevista, así como el incumplimiento de una serie de condiciones.

Esta resolución fue impugnada por MAPFRE, dictándose la resolución de 23 May. 1995, que se recurre.

La subvención que se había concedido era de un 50% del total previsto para el Proyecto, otorgada con cargo al Plan Industrial y Tecnológico Medioambiental, al amparo de apartado 2,1 b 1) de la Orden. « Proyectos de desarrollo tecnológico de carácter medioambiental que permitan su aplicación en la corrección de elementos contaminantes de las industrias »

El 7 Dic. 1990, MAPFRE CAUCIÓN Y CRÉDITO otorga a favor de FESA un aval por 16.160.000 ptas., para responder de las obligaciones derivadas de la concesión de la subvención.

El acta de comprobación de 24 Feb. en la que constan representante de la Administración, y de la empresa FESA, y se firma por ambos, se recoge como inversión justificada la cantidad de 4.193.000 ptas., que es inferior a la aprobada, y « se ha cumplido la correcta aplicación de los fondos y la finalidad para la que se concedió la subvención ». Se establece que la subvención correspondiente será de 2.101.050 ptas.

FESA había presentado escrito de alegaciones mostrando su disconformidad, y entendiendo que la inversión realizada es de 18.606.520 ptas., aportando gastos de personal.

Se dicta resolución de 1 Ago. 1994, acordando la revocación parcial de la subvención y fijando un plazo para el ingreso de las cantidades. Esta resolución no se impugna por la empresa.

El 10 Ene. 1995, se ordena la incautación del aval, y MAPFRE interviene en el procedimiento, se le da traslado de la resolución. Con fecha 23 May. 1995, se dicta la resolución desestimatoria de recurso interpuesto por MAPFRE.

La demanda alega, que se ha omitido el trámite de audiencia como « interesado » para el recurrente, por lo que es nula la resolución de 1 Ago. 1994. Considera que la orden en base a la cual se concede la subvención, prevé la revocación de ésta, previa audiencia del interesado. MAPFRE CAUCIÓN como avalista tiene tal condición. El concepto de « interesado » no aparece definido en la actividad de subvenciones, pero debe entenderse que el avalista lo es en base al interés legítimo, en el que se mueve la jurisprudencia del TS. Considera que como avalista ostenta derechos e incluso intereses legítimos que no pueden olvidarse. El aval sé incauta en caso de incumplimiento;

Cita la ley de Contratos de las Administraciones Públicas, cuyo art. 47.2 considera al avalista como parte interesada, así como jurisprudencia al efecto. Se refiere a la normativa de la fianza en el Código Civil, de modo que el fiador puede oponer al acreedor todas las excepciones derivadas de la obligación principal garantizada.

Entiende en consecuencia que debió ser oído como interesado en la tramitación del expediente de revocación, con carácter previo a la resolución de 1 Ago. 1994.

En segundo lugar, considera que la resolución es nula, puesto que se han cumplido las condiciones para las que se concedió la subvención. El proyecto se fija en 32.250.000 ptas., y se subvenciona en un 50%. La propia Administración reconoce el cumplimiento de la finalidad para la que se concede la subvención.

Analiza la Orden de 1 Ago. 1990, que no establece plazos para aprobación de los Proyectos subvencionables, y para iniciación y pago de inversiones o para terminación del Proyecto subvencionado.

Entiende que se ha cumplido la finalidad de la subvención, y que se justifica la inversión realizada. El Ministerio alude a que la documentación de gastos de personal se refería a actuaciones fuera del período subvencionable, o que no se acreditan los gastos. Entiende que sí se acreditan, puesto que se envía relación nominal de empleados, por importe de 18.696520 ptas., y Bienes de equipo, por 3.260.251 ptas.

Con estos datos la liquidación de reintegro es improcedente. La OM no establece fechas, y se refiere al Decreto 2784/64, de justificación de subvenciones. La OM no regula cual será la inversión ni cuando debe realizarse, por lo que no pueden imponerse requisitos que no se han realizado en la orden de convocatoria.

En tercer lugar, considera que el Ministerio es incompetente para requerir el reintegro de la cantidad subvencionada. Todos los reintegros han de realizarse, en base a la orden del Ministerio de economía y Hacienda de 10 May. 1989, por ello éste será el competente, siendo nulo el requerimiento efectuado por el Ministerio de Industria al beneficiario de la subvención.

Considera en cuarto lugar, que ha caducado el procedimiento de revocación, puesto que debió dictarse la resolución en el plazo de la ley 30/92, y desde el acta de comprobación hasta la Resolución transcurre más de un año. Debe atenderse al plazo del art. 43.4 de la ley 30/92.

En quinto lugar, entiende que la actuación administrativa vulnera el, principio de proporcionalidad, puesto que debe diferenciarse una obligación principal y otra accesoria, y se considera cumplida la principal, que es el fin para el que se concede la subvención.

En sexto lugar, alude al art. 7.2 del Código Civil, puesto que la Administración ha incurrido en irregularidades, creando indefensión, y prolongando los plazos.

Solicita la estimación del recurso, declarando nulas las resoluciones impugnadas.

**Segundo.** El Sr. Abogado del Estado contesta la, demanda y alega que « interesado » en el procedimiento es el beneficiario de la subvención. En la primera etapa, cuando consta el incumplimiento, no aparece el avalista, puesto que no es en principio necesario, puesto que no puede prejuzgarse la actuación del beneficiario. En ese momento no se está incautando la fianza. FESA fue oída y realizó las alegaciones que consideró oportunas.

En el recurso interpuesto la recurrente realizó cuantas alegaciones consideró convenientes y si hubiera existido un defecto se habría constatado, no obstante la Administración entra en el fondo del recurso.

La Orden de 1 Ago. 1990 prevé la ejecución del aval, y no es de aplicación la Orden de 10 May. 1989. La Administración actúa en base a las normas de la Ley General Presupuestaria, y Reglamento de Recaudación, y al Reglamento de 19 Nov. 1929.

La empresa no recurrió la resolución de 1 Ago. 1994 y se procede a ordenar el reintegro, de modo que al no hacerlo ella se procede a ejecutar el aval. SE han incumplido las condiciones de la subvención, en cantidad, gastos, etc.

No procede la caducidad, puesto que no estaba en vigor la ley 30/92, pero además era un procedimiento especial no sujeto a la ley 30 ni al RD 2225/93, que entró en vigor en enero de 1994.

Solicita la desestimación del recurso.

**Tercero.** El Procurador Sr. Pinilla Peco en representación de FESA FERTILIZANTES ESPAÑOLES, S.A., contesta la demanda y alega que la entidad se encontraba en Suspensión de Pagos, y la devolución de la subvención está sujeta a la deuda concursal, aceptada por el Estado.

Se remite a las alegaciones realizadas en escrito de 5 May. 1993, y alega que no estaba conforme con la devolución, pero no recurrió la resolución por la situación en la que se encontraba. Se adhiere a las alegaciones realizadas por la recurrente; y solicita la estimación del recurso.

**Cuarto.** Las alegaciones de la recurrente deben ser examinadas individualizadamente, para la resolución del presente recurso. Deben tenerse en cuenta los datos ya constatados, y básicos para dictar esta resolución, que parten de la subvención concedida a la empresa FESA en base a la Orden de 1 Ago. 1990 del Ministerio de Industria y Energía, y en concreto para la realización de un proyecto de desarrollo tecnológico de carácter medioambiental. La Orden Ministerial establece el procedimiento de concesión de ayudas previstas en el programa de creación de una base industrial, energética y tecnológica medioambiental, y marca una serie de objetivos, como el desarrollo y puesta en práctica de nuevas tecnologías de bienes de equipo etc.

Las ayudas se fijan en base al Presupuesto de Gastos del ministerio de Industria y Energía, con cargo a los créditos correspondientes. Se fijan condiciones en la resolución que concede la subvención, y deberán ajustarse a las mismas, según dispone el apartado séptimo.

La Orden prevé en su apartado noveno, 3 la presentación de aval bancario o de entidad financiera, que será liberado cuando tenga lugar la certificación de que se ha realizado la inversión o actividad origen de la subvención. En el apartado undécimo se disponen la posibilidad de revocación en caso de incumplimiento de las condiciones fijadas en la resolución que concede la subvención, previa instrucción de expediente. Asimismo, dicha revocación llevará aparejada la pérdida de beneficios y reintegro de cantidades. SE prevé la ejecución del aval (apartado 2 del art undécimo)

Por tanto, la empresa beneficiaria de la subvención debía ajustarse al cumplimiento de las condiciones para las que le fue concedida aquélla.

El primer motivo de impugnación realizado por MAPFRE, se centra en su condición de interesado. Solicita con esta base la nulidad de la resolución de 1 Ago. 1994 por entender que debieron entenderse con ella las actuaciones anteriores. Sin embargo, la subvención concedida y todo el procedimiento de reintegro debe centrarse en la Orden Ministerial que dio lugar a la subvención en cuestión y a las condiciones concretas que debían cumplirse. Debe recordarse que la Orden de 1 Ago. 1990 considera al avalista como tal, es decir, debe prestarse aval en garantía, que se liberará cuando se certifique la realización de la subvención. En caso de incumplimiento se prevé una instrucción de expediente con audiencia del « interesado » , dato que debe entenderse referido al beneficiario, puesto que a continuación, en el párrafo siguiente se precisa que « la revocación de la subvención llevará aparejada la pérdida de los beneficios concedidos y el reintegro de las cantidades recibidas y sus intereses. Si hubiera sido otorgada por medio de aval podrá acordarse su ejecución. »

La redacción del precepto evidencia cual es la verdadera situación del avalista, que es un fiador en caso de incumplimiento, de modo que el procedimiento se sustancia con el beneficiario, que en este caso es el « incumplidor » , y solo posteriormente, se acordaría la ejecución de aval, que sería procedente si no se abonaban las cantidades reclamadas por el directamente destinatario de la subvención.

No puede esgrimirse el art. 47.2 de la ley de Contratos de las Administraciones Públicas, posterior a los hechos, y además, relativa a un tema diferente, la contratación, no a una subvención que es una suerte de donación modal, como reiteradamente ha recordado el Tribunal Supremo.

A ello debe añadirse que la Administración ha tenido por parte a la avalista, de modo que ha admitido su personación y resuelto su recurso en cuanto al fondo. El hecho de que en su día no se hubiera recurrido la resolución por la entidad subvencionada no da lugar a la nulidad de aquélla. Cuando la aquí recurrente comparece y recurre se le tiene por parte, y se siguen actuaciones, de modo que la actuación de la Administración es correcta.

La tesis del interés legítimo, que recoge la vigente ley de Jurisdicción Contencioso-administrativa debe mantenerse, y da lugar a la consideración de la recurrente como « interesada » en este momento, y de hecho, ha efectuado las alegaciones que ha considerado oportunas ya en vía administrativa. Lo que no cabe es anular una resolución dictada en una primera fase, cuando la ejecución del aval no era en principio el objeto de la actuación administrativa, sino una instrucción para verificar el cumplimiento o no de las condiciones de la subvención otorgada.

En este punto, la resolución administrativa que se impugna es absolutamente ajustada a Derecho, puesto que considera desde ese momento que MAPFRE es parte interesada, como así resulta.

**Quinto.** En segundo lugar, se alega la nulidad, de la resolución, por haber cumplido el beneficiario las condiciones. Examinando los datos aportados en el expediente, resulta que el acta de comprobación recoge un dato irrefutable y es que se justifica una inversión que apenas supera los 4 millones de pesetas. Este Acta se firma por las partes que intervienen, y efectivamente se recoge que se cumplen los fines, pero en la cuantía justificada. No se acredita que se hayan cumplido con el total recibido como subvención. Se realizan alegaciones por FESA en relación con los gastos de personal, y bienes de equipo. Sin embargo, no se acreditan los gastos respecto a estos bienes, y en cuanto a los de personal, no se aportan las nóminas correspondientes, y cuando se hace, no se justifica que el personal estuviera dedicado a la ejecución del proyecto. Se aportan con la demanda copias en las que se recogen listados de personal, pero no se acredita con ello cuales fueron los gastos de dicho personal, ni la labor realizada. Ciertamente, la OM no alude a período subvencionable pero se debe referir a la fecha a partir de la que se concede la subvención, en base a las condiciones particulares de la misma. Si en el momento en que se realiza la comprobación, febrero de 1993, no se justifica más que 4 193.000 ptas., no cabe la referencia a « plazos », puesto que en esos años, desde la concesión, debió emplearse el dinero de la subvención en las finalidades previstas.

No se trata de que se impongan requisitos que no constan, es que se acredita un incumplimiento, que no se justifica con la documentación posteriormente aportada.

El hecho de que en el Acta de Comprobación se considere que la cantidad justificada se destina a los fines del proyecto, debe entenderse en su propio sentido, es decir, que « esa » cantidad sí se destina al proyecto de reutilización de residuos, no que el total subvencionado se haya destinado a tal fin, por eso la revocación es parcial y no total.

En tercer lugar, se alude a la incompetencia del Ministerio de Industria y Energía para requerir el reintegro de la cantidad. Debe tenerse en cuenta que la subvención y las condiciones de la misma, se rigen por la Orden que la establece, que es la ya repetida de 1 Ago. 1990, por tanto, debe estarse a lo dispuesto en la misma, y por tanto la revocación de la subvención se realizará en base al apartado undécimo, punto 1 de la Orden, con el procedimiento allí establecido, siendo competente para requerir el reintegro la autoridad competente para la concesión que es el Ministerio de Industria y Energía, en el ámbito de sus competencias, como dispone en la Exposición de Motivos de la orden en cuestión, y en base a la ley General Presupuestaria.

En quinto lugar, se alega la caducidad del procedimiento. Este argumento no puede acogerse, por cuanto que no se establece plazo en la normativa aplicable. Se trata de una subvención específica, y en el momento en que se concede no existe la ley 30/92, que no ha entrado en vigor en el momento en que se tramita el expediente por el supuesto incumplimiento. Las subvenciones se fijan y se atienen a las normas que las establecen, en este caso, la ya repetida Orden.

En sexto lugar, se considera vulnerado el principio de proporcionalidad, pues entiende que se había realizado la finalidad, pero en cuantía inferior. Este tema se ha analizado anteriormente, y el hecho de que en el Acta de Comprobación se mencione el cumplimiento del fin, es un dato que beneficia a la empresa, y en este caso, al recurrente, puesto que no se considera un incumplimiento total, sino parcial, si bien en cuantía muy inferior a la prevista. No se vulnera

principio de proporcionalidad alguno, puesto que se ordena la devolución de la cantidad no justificada.

Tampoco puede acogerse el argumento relativo al abuso de derecho por parte de la Administración por los argumentos ya esgrimidos.

En definitiva, se ha fijado una subvención para una finalidad, que no se ha cumplido en su totalidad, constando un incumplimiento evidente de los requisitos y condiciones establecidas. No se ha acreditado que la Administración hubiera actuado incorrectamente al valorar el incumplimiento, puesto que las alegaciones de la empresa, y la documentación que aporta no acreditan lo contrario, por lo que tras el oportuno procedimiento se ordena la devolución correspondiente. La resolución en tal sentido es ajustada a Derecho, como lo es la que resuelve el recurso interpuesto por MAPFRE, avalista de la entidad beneficiaria.

En cuanto a las alegaciones de FESA no pueden acogerse, ya que comparece como parte demandada en este procedimiento, además de que se acoge a las realizadas por la recurrente.

**Sexto.** No procede hacer declaración especial sobre costas, al no apreciarse temeridad ni mala fe en las partes, en base al art. 131 de la LJC.

### **FALLAMOS**

Que DESESTIMANDO el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Procurador Sr. De Diego Quevedo en representación de MAPFRE CAUCIÓN Y CRÉDITO, S.A., contra resolución del Ministerio de Industria y Energía de 23 May. 1995, que desestima recurso interpuesto contra resolución de la Subsecretaría de Industria y Energía de 1 Ago. 1994, debemos declarar y declaramos que las citadas resoluciones son conformes con el ordenamiento jurídico. No procede hacer declaración especial sobre costas.

Así, por esta nuestra sentencia, juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION: Leída y publicada ha sido la interior sentencia por el Magistrado Ilmo. Sr. D.<sup>a</sup> Cristina Cadenas Cortina Ponente que ha sido para la resolución del presente recurso, estando celebrando audiencia pública esta Sala, de lo que, como Secretario de la misma doy fe .