

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA. (SEDE DE SEVILLA)

SALA DE LO CONTENCIOSO - ADMINISTRATIVO. SECCIÓN PRIMERA

PROCEDIMIENTO ORDINARIO Nº 342/2015

SENTENCIA

Ilma. Sra. Presidenta:

DOÑA MARÍA LUISA ALEJANDRE DURÁN

Ilmos. Sres. Magistrados:

DON ROBERTO IRIARTE MIGUEL

DON EUGENIO FRÍAS MARTÍNEZ

En la ciudad de Sevilla, a veintiséis de septiembre de dos mil dieciocho.

La Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Sevilla, ha visto el recurso número 342/2015 interpuesto por la Procuradora D^a. , en nombre y representación de la entidad mercantil MINAS DE AGUAS TEÑIDAS,

S.A.U., defendida por el Abogado Dº. , frente a la Resolución de fecha 2 de junio de 2014 del Director General de la Agencia de Innovación y Desarrollo de Andalucía, de la Consejería de Economía, Innovación, Ciencia y Empleo de la Junta de Andalucía, desestimatoria del recurso de reposición deducido contra la Resolución de esa misma Agencia de 14 de noviembre de 2013 (Código de Solicitud núm. 540163), que había declarado la procedencia del reintegro de los incentivos concedidos y abonados, determinando asimismo que la cantidad a reintegrar asciende a un total de 11.832.868,40 €. Es parte demandada la AGENCIA DE INNOVACIÓN Y DESARROLLO DE ANDALUCÍA, representada por la Procuradora Dª. y asistida del Letrado Dº. ; y parte codemandada la JUNTA DE ANDALUCÍA, representada y defendida por la Letrada de sus servicios jurídicos, Dª. .

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Interpuesto el presente Recurso, habiendo declarado el Juzgado de lo Contencioso administrativo número Trece de Sevilla su incompetencia objetiva para el conocimiento del asunto, remitiendo las actuaciones a esta Sala, y previos los oportunos trámites, se confirió traslado a la parte actora para formalizar la demanda, lo que verificó por escrito y en el que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes, terminaba suplicando el dictado de sentencia por la que *“estimando el recurso, declare la nulidad, o anule, dejando sin efecto, la Resolución de fecha 2 de junio de 2014, por la que el Director General*

de la Agencia IDEA resuelve el recurso de reposición interpuesto por MATSA frente a la resolución de fecha 14 de noviembre de 2013 dictada por la citada Dirección General.

Con expresa imposición de la condena en costas a la agencia IDEA como administración demandada”.

SEGUNDO.- La Administración demandada contestó la demanda oponiéndose a la misma, haciéndolo también la parte codemandada. La cuantía del procedimiento se fijó en 10.093.472,70 €. Fue recibido el pleito a prueba practicándose las diligencias probatorias propuestas por las partes. Seguidamente, los litigantes presentaron sus respectivos escritos de conclusiones, siendo declarado concluso el procedimiento y pendiente de señalamiento para votación y fallo.

TERCERO.- Se señaló para deliberación, votación y fallo del asunto el día 17 de septiembre de 2018, fecha en que han tenido lugar, siendo Ponente el Ilmo. Sr. Dº. Roberto Iriarte Miguel.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es objeto de la presente revisión jurisdiccional promovida por la entidad mercantil MINAS DE AGUAS TEÑIDAS, S.A.U. (MATSA), la Resolución de fecha 2 de junio de 2014 del Director General de la AGENCIA DE INNOVACIÓN Y DESARROLLO DE ANDALUCÍA (IDEA), de la Consejería de Economía, Innovación, Ciencia y Empleo de la Junta de Andalucía, desestimatoria del recurso de reposición

interpuesto contra la Resolución de esa misma Agencia de 14 de noviembre de 2013 (Código de Solicitud núm. 540163), que había adoptado, entre otros, el siguiente acuerdo: *“Declarar la procedencia del reintegro de los incentivos concedidos y abonados a MINAS DE AGUAS TEÑIDAS, S.A.U. mediante resolución de 25/02/2009, modificada por otra de 04/05/2009, en el expediente reseñado en el antecedente primero y determinar que la cantidad a reintegrar asciende a 11.832.868,40 € (ONCE MILLONES OCHOCIENTOS TREINTA Y DOS MIL OCHOCIENTOS SESENTA Y OCHO EUROS Y CUARENTA CÉNTIMOS) correspondientes a 10.093.472,70 € en concepto de principal y 1.739.395,70 € en concepto de intereses de demora calculados desde la fecha de materialización del pago del principal hasta la fecha de la presente resolución”*.

La Administración asienta la decisión de reintegro en la propuesta que, tras la realización de las tareas de control financiero, había efectuado la Intervención General de la Junta de Andalucía (IGJA), por incumplimiento de los artículos 17.5 de la Orden de 9 de diciembre de 2008, por la que se establecen las bases reguladoras de un Programa de Incentivos para el Fomento de la Innovación y el Desarrollo Empresarial en Andalucía y se efectúa su convocatoria para los años 2008 a 2013 (BOJA nº 249 de 17/12/2008), y 8.1 c) del Decreto 21/2007 de 30 de enero, por el que se establece el marco regulador de las ayudas de finalidad regional y en favor de las pequeñas y medianas empresas (PYMES) que se concedan por la Administración de la Junta de Andalucía en los años 2007, 2008 y 2009, así como el punto 38 de las Directrices sobre Ayudas de Estado de Finalidad Regional para el periodo 2007-2013 (DOUE C 54 de 4 de marzo 2006); ello al haberse iniciado el proyecto incentivado, denominado *“Construcción de una Planta de Tratamiento Mineral”*, antes de la notificación de la comunicación del efecto incentivador de la ayuda, que tuvo el 23 de octubre de 2007, según constatan:

* Diversas facturas emitidas entre el 01/05/2007 y el 30/11/2007 por la entidad Ingeniería de Suelos y Explotación de Recursos, S.A. (INSERSA), correspondientes a trabajos de movimiento de tierras; actuaciones totalmente necesarias para abordar la siguiente fase del proyecto y directamente relacionadas con el proyecto incentivado.

* Fotografía aérea datada el 17/10/2007, a las 14:46 horas, que muestra el lugar del emplazamiento de la planta de tratamiento mineral, así como su avanzado estado de ejecución.

* Documento fechado el 08/02/2007 en el que se autoriza a la entidad mercantil AKER KVAERNER a formalizar un contrato con la empresa INSERSA para el movimiento de tierras.

SEGUNDO.- La actora enuncia los siguientes motivos de impugnación:

I.- Nulidad de pleno derecho ex art. 62.1 e) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (LRJAPPAC), en cuanto:

a) El procedimiento de reintegro se inició una vez transcurrido el plazo de prescripción de cuatro años que fija el art. 39 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones (LGS), para reconocer y liquidar el reintegro.

b) La tramitación del procedimiento de control financiero de la ayuda excedió del plazo máximo de doce meses previsto en

el art. 49.7 LGS. Cuando se emitió el Informe definitivo que puso fin al procedimiento, el mismo había caducado.

c) El acuerdo de inicio del procedimiento de reintegro se dictó una vez transcurrido el plazo de un mes desde la recepción del Informe definitivo por parte de la Agencia IDEA, art. 51.1 LGS.

II.- El proyecto incentivado no se inició antes de la notificación del art. 17.5 de la Orden reguladora. Inexistencia de causa de reintegro, art. 37.1 c) LGS, y falta de motivación, art. 54 LRJAPPAC.

III.- Subsidiariamente, vulneración del principio de proporcionalidad, art. 37.2 LGS en concordancia con el art. 17.3 n) del mismo texto legal.

TERCERO.- Se alega en primer término que MATSA presentó el 02/09/2009 toda la documentación justificativa de la inversión - folios 730 al 1.036 Expte. -, iniciándose a partir de ese momento el cómputo del plazo de prescripción de cuatro años. Cuando se dictó en fecha 12/09/2013 el acuerdo de inicio del procedimiento de reintegro - folios 1.491 al 1.493 Expte. -, ya había transcurrido el plazo de prescripción de cuatro años, lo que conlleva la nulidad de la acción de reintegro.

A efectos de la determinación del *dies a quo* para el cómputo del plazo de prescripción, los litigantes son conformes en aplicar la letra a) del número 2 del art. 39 LGS, a cuyo tenor: *"2. Este plazo se computará, en cada caso: a) Desde el momento en que venció el plazo para presentar la justificación por parte del beneficiario o entidad colaboradora"*.

La discrepancia se contrae a la determinación del hecho que causa el inicio del cómputo. La accionante lo sitúa, apoyándose en la doctrina de la *actio nata* (art. 1969 del Código Civil), en la presentación de la justificación, que en el supuesto enjuiciado tuvo lugar el 02/09/2009, mientras que para los demandados se identifica con el vencimiento del plazo prefijado para su presentación, en nuestro caso el día 12/11/2010 que, como fecha límite, señalaba el apartado F) de la parte dispositiva de la Resolución de concesión de la subvención de fecha 25/02/2009 - folio 673 Expte -: *“El plazo para la ejecución del proyecto será hasta el 12/08/2010 y para la acreditación de las condiciones fijadas en la resolución hasta el 12/11/2010”*, en correspondencia con el art. 26.1 de la Orden reguladora: *“La justificación de la actuación o proyecto incentivado se presentará en la Gerencias de la Agencia de Innovación y Desarrollo de Andalucía de la provincia donde se haya realizado la inversión objeto de la incentivación en un período de tres meses desde la finalización del plazo marcado en la Resolución de concesión del incentivo. Transcurrido el plazo establecido para la justificación del proyecto sin haberse presentado ésta en la Agencia, ésta requerirá al beneficiario su presentación en el plazo improrrogable de quince días. La falta de presentación de la justificación del proyecto en este nuevo plazo, llevará consigo el reintegro del incentivo aprobado”*.

La Sala entiende que los términos de la norma aplicable son claros, art. 3 del Código Civil - *sentido propio de sus palabras* - y a ellos hay que estar siguiendo el aforismo *in claris non fit interpretatio*. Por tanto, la prescripción no arranca cuando la beneficiaria *motu proprio* presente, aquí anticipadamente, la acreditación de las condiciones fijadas en la subvención, sino desde que venza el plazo para presentar la justificación, lo que nos remite al concreto término que haya fijado la resolución de concesión de la ayuda.

La doctrina de la *actio nata* que menta MATSA tampoco encuentra acomodo en la letra a) del art. 39.2 LGS sino en la letra c) del mismo precepto legal: *desde el momento en que venció dicho plazo*, pues, como declaró la STS de 5 de noviembre de 2012, recurso 6930/2009, se parte del establecimiento de condiciones u obligaciones que deban ser cumplidas o mantenidas por parte del beneficiario o entidad colaboradora durante un periodo determinado de tiempo.

En consecuencia, el *dies a quo* de la prescripción de la acción de reintegro hemos de situarlo el 12/11/2010, no el 02/09/2009, lo que lleva al decaimiento del primer submotivo de impugnación.

Por añadidura, el expediente administrativo revela que mediaron actos interruptivos de la prescripción, art. 39.3.a) LGS, por parte de la IGJA y de la Agencia IDEA, realizados con conocimiento formal del beneficiario, y conducentes a determinar la existencia de alguna de las causas de reintegro, concretamente:

.- Actuaciones de la IGJA. Sentado que el art. 95 bis TRLHPJA atribuye a las diligencias e informes *"naturaleza de documentos públicos y constituirán prueba de los hechos que motiven su formalización, salvo que se acredite lo contrario"*, y considera, a estos efectos, *agente de la autoridad al personal funcionario de la Intervención General*, han de reputarse con valor interruptivo de la prescripción las siguientes notificaciones efectuadas a MATSA los días:

* 19/07/2012, que se efectuaría visita de control a las instalaciones en el marco del procedimiento de control

financiero de subvenciones (la visita tuvo lugar el 19/07/2012).

* 29/11/2012, del informe provisional de control financiero - vid folio 1.081 Expte. -.

* 31/07/2013, de la Adenda al informe provisional - vid folio 1.207 Expte. -.

* 05/09/2013, del informe definitivo de control financiero.

.- Además, la Agencia IDEA, de propia iniciativa, realizó, con independencia de los controles desplegados por la IGJA, actuaciones de comprobación y control. Así, el 09/08/2012 la Agencia notificó a la beneficiaria la realización de una visita de comprobación - folios 1.473 y 1.474 Expte. -, que se practicó finalmente en noviembre de 2012 por personal externo contratado, concluyendo con la emisión de sendos informes de fechas 15/05/2013 - folios 1.475 al 1.485 Expte. - y 18/06/2014 - folios 1.486 al 1.489 Expte. -.

CUARTO.- Afirma la actora que mediante oficio de fecha 29/06/2012 - folios 1 y 2 complemento Expte. -, notificado el día 05/07/2012, la IGJA participó a MATSA la primera visita de control. Por ello, a la fecha de emisión del Informe definitivo de la Intervención General, el 23/07/2013 - folios 1.126 al 1.233 Expte. -, ya había transcurrido el plazo de doce meses que prescribe el art. 49.7 de la LGS: *"Las actuaciones de control financiero sobre beneficiarios y, en su caso, entidades colaboradoras, deberán concluir en el plazo máximo de 12 meses a contar desde la fecha de notificación a aquéllos del inicio de las*

mismas...”, lo que conlleva la caducidad del procedimiento de control financiero así como la nulidad de la ulterior Resolución que acordó el reintegro.

Y añade, no se produjo dilación alguna imputable a la beneficiaria, que de existir determinaría, por disposición del n° 8 del art. 49 LGS, su no computación a efectos del plazo de doce meses, pues:

* MATSA desplegó esmerada diligencia, según reconoció el propio equipo de control de la IGJA, en proporcionar toda la información, documentación y aclaraciones exigidas por la IGJA. Obra en la ampliación del expediente administrativo el cruce de comunicaciones entre el Interventor actuante y MATSA, especialmente sus folios 32 y 164.

* La *dilación* del procedimiento de control financiero fue originada, precisamente, por el propio funcionamiento de la IGJA y su equipo de control, que tardó casi un mes en acusar recibo de la documentación aportada por MATSA, lo que hizo mediante correo electrónico de fecha 29/08/2012, en el que no se requirió ninguna otra documentación a MATSA - folio 13 ampliación Expte. -.

* Posteriormente, con fechas 3 y 4 de septiembre de 2012, la IGJA solicitó la aportación de algunas facturas y justificantes de pagos que ya habían sido remitidos por MATSA con anterioridad, admitiendo el equipo de control de la IGJA que su ausencia podría deberse a que no las habían descargado correctamente de la plataforma *link ftp* puesta a su disposición por la Compañía el día 08/08/2012. Dichos requerimientos

fueron atendidos por MATSA de forma inmediata, los mismos días 3 y 4 de septiembre de 2012 - folios 21, 25 y 26 ampliación Expte. -.

* Los requerimientos se referían a documentación que ya había sido aportada con anterioridad o se trataba de documentación adicional que no había sido requerida en ningún momento anterior.

* La IGJA contó en todo momento con abundante información de la Compañía, estando en disposición de concluir el procedimiento de control en el plazo máximo de doce meses. La Intervención General no dictó acuerdo alguno encaminado a ejercer la potestad de ampliación del plazo que le reconoce el art. 49.7 LGS.

Este Tribunal asume que el expediente de control financiero está sujeto al plazo de caducidad de doce meses, art. 49.7 LGS, si bien, como señaló la STS de 23 de abril de 2013, recurso de casación 460/2010, en el cómputo de estos meses no entran las dilaciones imputables al beneficiario ni los períodos de interrupción justificada, art. 49.8 de la misma Ley.

Aunque indudablemente las actuaciones de control financiero se relacionan estrechamente con el procedimiento de reintegro, cosa distinta es predicar, como hace la recurrente, su completa parificación. En tal sentido, la STS de 02 de noviembre de 2016, recurso de casación 1279/2014, tras subrayar la singularidad de los procedimientos de control financiero de las subvenciones, fruto de su sometimiento a una

regulación especial, entendió que los afectados por un procedimiento de control financiero de subvenciones no tienen derecho siempre y en todo caso a que se les notifique el informe con el que concluya dicho procedimiento, declarando que *el plazo de doce meses otorgado por la Ley para las actuaciones de control financiero tiene como dies ad quem no el de su notificación, que sólo se producirá en caso de apertura de un expediente de reintegro, sino el de su finalización.*

Por ello, debiendo MATSA, por imperativo de los arts. 14.1.g) LGS y 25.9 de la Orden reguladora, conservar la documentación justificativa de la aplicación de los fondos recibidos, cabe imputar a esta compañía dilaciones por un total de 92 días que refleja el *INFORME SOBRE LA ALEGACIÓN DE CADUCIDAD MANIFESTADA POR EL BENEFICIARIO, RESPECTO AL PROCEDIMIENTO DE CONTROL FINANCIERO Nº 12978.FE.11*, suscrito por la Sra. Interventora Adjunta del Control de Fondos Europeos y Subvenciones, aportado por la Agencia IDEA como documento nº 1 del escrito de contestación a la demanda, y que, con valor de *presunción iuris tantum de veracidad*, no contradicho por la recurrente, expresa:

“...En consecuencia, deben excluirse del cómputo realizado por el beneficiario, todas aquellas dilaciones producidas en el curso normal del procedimiento, que indubitadamente resultan imputables al mismo. El resultado es el siguiente:

a) *El día la visita de control se requiere al beneficiario cierta documentación, para lo que se le otorgó un plazo de diez días hábiles. El Acta de la visita de control está fechada el día 19/07/12 (Documento nº 1). El día 24/10/12 se da por completado requerimiento de documentación indicado, tal como consta en el email enviado por el beneficiario (Documento nº 2). Por tanto, se ha producido una dilación imputable al mismo de 85 días, desde el término del plazo concedido.*

b) *El día 16/01/13 el Interventor Actante requiere vía email, la presentación escaneada de diversas facturas al mismo día 16 (Documento nº 3). La petición es atendida por el beneficiario el 23/01/13, por lo que se ha producido una dilación imputable al mismo, de 7 días.*

Atendiendo al artículo 49.8 antes citado, corresponde no computar las dilaciones descritas anteriormente, es decir un total de 92 días. Restados éstos a los 18 a los que alude el beneficiario en su escrito alegaciones, puede afirmarse que la duración del procedimiento que trae causa no ha excedido de los 12 meses a los que se refiere el artículo 49.7, por aplicación del apartado 8 de este mismo artículo.

En consecuencia, el cómputo realizado por el beneficiario no es acorde con la norma aplicable, al no haber descontado todas aquellas dilaciones que deben imputarse a los retrasos del mismo en atención a los distintos requerimientos que le hizo el equipo de control durante la sustanciación del procedimiento.

En conclusión, el procedimiento seguido por la IGJA con referencia 12978.FE.11 no está afectado por la caducidad, contrariamente a lo que afirma el beneficiario de la ayuda...”.

En definitiva, excluyendo del cómputo del plazo de caducidad los 92 días de dilaciones imputables a la beneficiaria de la ayuda, resulta un periodo computable del 29/06/2012 al 23/07/2013 inferior a doce meses.

QUINTO.- Refiere la recurrente que el inicio del expediente de reintegro se demoró más de un mes. La Agencia IDEA recibió el informe de la IGJA el 05/08/2013, dictándose el acuerdo de inicio del procedimiento de reintegro el 12/09/2013 – folios 1.491 al 1.493 Expte. -. Al encontrarnos ante una subvención financiada con cargo a fondos de la Unión Europea entra en juego lo dispuesto en los arts.:

* 51.1 LGS: “Cuando en el informe emitido por la Intervención General de la Administración del Estado se recoja la procedencia de reintegrar la totalidad o parte de la subvención, el órgano gestor deberá acordar, con base en el referido informe y en el plazo de un mes, el inicio del expediente de reintegro, notificándolo así al beneficiario o entidad colaboradora, que dispondrá de 15 días para alegar cuanto considere conveniente en su defensa”.

* 96.4 b) del Real Decreto 887/2006, de 21 de julio, aprobatorio del Reglamento General de Subvenciones (RGLS): *“El transcurso del plazo de un mes previsto en el artículo 51 de la Ley General de Subvenciones sin que se hubiera iniciado el procedimiento de reintegro en los términos previstos en el artículo 94 de este Reglamento, o, en su caso, se hubiera planteado la oportuna discrepancia, tendrá los siguientes efectos:...b) No se considerará interrumpida la prescripción por las actuaciones de control financiero de las que la propuesta de inicio del procedimiento trajera causa”*.

También afirma la parte actora que el Informe Definitivo de Control Financiero se notificó a la Agencia IDEA el día 05/08/2013 - documento número 1 de la demanda -, dictándose en fecha 12/09/2013 el acuerdo de inicio del procedimiento de reintegro - folios 1.490 al 1.493 Expte. -. Luego, la Agencia IDEA incumplió el plazo de un mes previsto en el art. 51.1 LGS para iniciar el procedimiento de reintegro desde la recepción del Informe Definitivo de Control Financiero.

Y concluye manifestando que dicho incumplimiento supuso que las actuaciones de control financiero realizadas por la Administración no interrumpieran el plazo de prescripción de la acción para reconocer y liquidar el reintegro, comportando, a su vez, la nulidad de la Resolución por la que se acuerda el reintegro de la ayuda.

Indicamos que la accionante resaltó en conclusiones que el art. 95.bis.4 del Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de marzo, aprobatorio del Texto Refundido de la Ley General de la Hacienda Pública de la Junta de Andalucía, BOJA nº 53, de 18 de marzo, (TRLGHAJA), al decir: *“El órgano gestor deberá comunicar a la Intervención General de la Junta de Andalucía, en el plazo de dos meses a partir de la recepción del informe de control financiero, la incoación del procedimiento de exigencia del reintegro”*, no

regula el plazo en el que el órgano gestor de la ayuda debe iniciar el procedimiento de reintegro, sino el plazo en el que se debe comunicar el inicio del reintegro a la IGJA.

El motivo no puede prosperar al no revestir los arts. 51.1 LGS y 96.4.b) RGLS el carácter de legislación básica del Estado aplicables a todas las Administraciones Públicas (DF 1ª LGS y DF 1ª RGLS), y porque debiendo estar a la normativa autonómica, en Andalucía el plazo que al efecto contempla el art. 95.bis.4 TRLGHAJA es de dos meses, sin que merezca favorable acogida la alambicada distinción que propugna la demandante entre plazo de inicio del procedimiento de reintegro y plazo para comunicar dicho inicio, que en absoluto se desprende de la literalidad del precepto legal.

SEXTO.- En cuanto a la falta de acreditación del incumplimiento que dio lugar al reintegro de los incentivos otorgados a MATSA, alega la actora que los documentos en los que se apoyan las Administraciones demandadas carecen de valor probatorio a los efectos de demostrar la fecha en que comenzaron los trabajos relativos al proyecto objeto de la ayuda. En cualquier caso, añade, no concurre justificación de que dicho proyecto se iniciara con anterioridad al día 23/10/2007, fecha en la que MATSA recibió la comunicación del efecto incentivador. Así:

* *Factura nº 71141 por "movimientos de tierra" expedida en fecha 30 de noviembre de 2007 por la empresa "INSERSA".*

Los trabajos a los que se refiere la anterior factura no corresponden a la construcción de la planta de tratamiento de

mineral objeto del incentivo, según refleja el certificado de fecha 30/11/2012 emitido por INSERSA - folio 1.170 Expte. -. Por su parte, indica el Informe de fecha 10/01/2013 del Ingeniero Técnico de Minas, designado por la Intervención General, que la referida factura se refiere a labores de corte de arbolado y otros movimientos de tierra *“no relacionados con la Planta de Tratamiento”*.

Lo mismo ocurre con el resto de facturas emitidas por INSERSA entre el 01/05/2007 y el 30/11/2007. Obra también en el expediente administrativo un certificado emitido en fecha 28/01/2013 por la anterior empresa que indica que los trabajos facturados consistieron en tareas de desbroce y tala de árboles *“independientes de los que se ejecutarían para los trabajos de obra civil de la planta de tratamiento de mineral con posterioridad”* - folios 1.120 y 1.121 Expte. -.

* CD que contiene fotografías aéreas de la Planta de Tratamiento de Mineral realizadas, supuestamente, en fecha 17 de octubre de 2007.

Las Administraciones demandadas aportan como prueba un CD que contiene tres fotografías de la Planta de Tratamiento de Mineral, siendo una de ellas publicada en el Diario ABC de Sevilla en fecha 08/11/2007, esto es, después de que MATSA recibiera la comunicación del *efecto incentivador*.

Según la Agencia IDEA, estas fotografías se realizaron en fecha 17/10/2007, pero el único documento que aporta para acreditar este extremo es una *“copia de la pantalla de ordenador que muestra las propiedades del archivo y donde se indica la fecha y la hora en que fue tomada la fotografía”*.

Dicha *“copia de la pantalla de ordenador”* carece de valor probatorio a los efectos de acreditar la fecha en la que fueron tomadas las fotografías, pues:

a) No permite comprobar que los archivos que en la misma aparecen se correspondan con las fotografías que se contienen en el CD.

b) La *“fecha de captura”* de las imágenes (archivos *“JPGE”*) se puede modificar fácilmente. Basta con pinchar en propiedades-detalles-fecha de captura, y se puede elegir cualquier fecha, incluso anterior a la de creación del archivo.

c) En la *“copia de pantalla”* aparece que el primer archivo fue modificado en fecha 7 de enero de 2015, a las 12:36 horas.

d) Tampoco se explica en qué ordenador se ha obtenido esta *“copia de pantalla”* (si en el del periodista que tomó las fotografías o en el de algún funcionario de la Administración).

e) La carpeta donde se contienen los archivos se denomina *“Fotos Minas de Aguas Teñidas_07_11_07”*. Llama la atención que se indique esa fecha en la carpeta si no responde a la fecha en la que se tomaron las fotografías ni tampoco a la fecha en que se publicaron (08/11/2007).

La fecha que se indica en la carpeta (07/11/2007) es coherente con el pie de la fotografía publicada en el Diario ABC de Sevilla el día 8 de noviembre de 2007, en el que se indica: *“Imagen aérea de la mina de Aguas Teñidas que comenzó a operar ayer”*.

Las fotografías no se realizaron el día 17/10/2007, como afirman las Administraciones demandadas, sino el día 07/11/2007, esto es, después de que MATSA recibiera la comunicación del *efecto incentivador*.

** Informe emitido en sentido favorable en fecha 10 de enero de 2013 por el Ingeniero Técnico de Minas designado por la Intervención General y ampliaciones al informe .*

Las manifestaciones sobre la fecha de comienzo de la ejecución del proyecto incentivado realizadas por el Ingeniero Técnico en la segunda ampliación al Informe, emitida en fecha 11/03/2013, se basan, únicamente, en las referidas fotografías, de nulo valor probatorio, no pasando de las meras conjeturas.

** Documento suscrito por MATSA con la entidad mercantil "AKER KVAERNER" por el que se le autoriza a formalizar un contrato con la empresa "INSERSA" para el movimiento de tierras.*

La Agencia IDEA sostiene que este documento es un "compromiso en firme" de realizar las actividades incluidas en la factura nº 71141. El Ingeniero Técnico de Minas designado por la Intervención General concluyó, tras examinar toda la documentación, que la antedicha factura no se corresponde con trabajos relativos al proyecto incentivado.

El documento aportado como prueba por la Agencia IDEA (factura nº 71141) no se encuentra relacionado con la Planta de Tratamiento - Vid. Documento 3 de los aportados por la Intervención General- y, para el caso de que se considerara que guarda alguna relación, tampoco acredita el incumplimiento que se imputa a MATSA, puesto que se trataría a lo sumo del

encargo de un análisis o estudio previo de viabilidad de un proyecto, actuación que está expresamente permitida por el punto 38 de las Directrices sobre Ayudas de Estado de Finalidad Regional para el período 2007-2013, a las que se remite la Orden reguladora.

La compañía AKER KVAERNER tiene una división de servicios de estudios viabilidad y diseños de ingenierías (AKER KVAERNER ENGINEERING SERVICES) distinta de la división de construcción (hoy KVAERNER CONSTRUCTION, LTD.) con la que se contrató la ejecución del proyecto.

La entidad mercantil IBERIAN MINERALS CORP., matriz de MATSA, dada la extensa experiencia que tiene en proyectos como es el que nos ocupa, contrató con AKER KVAERNER (AK ENGINEERING SERVICES) el asesoramiento y estudio de viabilidad del proyecto que quería llevar a cabo en España a través de su filial MATSA.

No obstante, la relación comercial para la ejecución de la obra con la filial AKER KVAERNER CONSTRUCTION, no se formalizó hasta marzo del 2008, no iniciándose la construcción hasta finales del mes de octubre de ese mismo año.

Este tribunal recuerda, a propósito del llamado "*efecto incentivador*" que han de cumplir las ayudas de Estado de finalidad regional, la normativa comunitaria:

.- Punto 38 de las Directrices sobre las ayudas de Estado de finalidad regional para el periodo 2007-2013 (2006/C 54/08):

“Es importante garantizar que las ayudas regionales produzcan verdaderos efectos de incentívación de inversiones que de otro modo no se realizarían en las regiones asistidas. Por ello, únicamente podrán concederse ayudas con arreglo a regímenes de ayuda cuando el beneficiario haya presentado una solicitud de ayuda y la autoridad responsable de la administración del régimen haya confirmado por escrito (39) que, en espera de una verificación detallada, el proyecto cumple en principio las condiciones de elegibilidad establecidas en el régimen antes de iniciarse los trabajos en el proyecto (40). Todos los regímenes de ayuda recogerán una referencia expresa a ambos requisitos (41). En caso de ayuda ad hoc, la autoridad competente debe remitir una carta de intenciones, supeditada a la autorización de la medida por la Comisión, relativa a la concesión de ayudas antes del inicio de las labores del proyecto. Si las labores comienzan antes de haberse cumplido las condiciones establecidas en el presente apartado, la totalidad del proyecto no podrá optar a ayudas.

Y Por «inicio de los trabajos» - pie 40 - se entiende, o bien el inicio de los trabajos de construcción, o bien el primer compromiso en firme para el pedido de equipos, con exclusión de los estudios previos de viabilidad”.

.- Art. 5.1 del Reglamento de la Comisión CE 1628/2006, de 24 de octubre de 2006, relativo a la aplicación de los artículos 87 y 88 del Tratado a las ayudas regionales a la inversión:

“El presente Reglamento solo declarará exenta la ayuda concedida en virtud de regímenes de ayuda regional a la inversión si, antes del comienzo de la ejecución del proyecto, el beneficiario ha presentado una solicitud de ayuda a las autoridades nacionales o regionales con respecto a solicitudes a partir del 1 de enero de 2007, la autoridad responsable de la gestión del régimen ha confirmado por escrito que, sujeto al resultado final derivado de una verificación detallada, el proyecto cumple las condiciones de subvencionabilidad establecidas en el régimen. Una referencia expresa a ambos requisitos también deberá incluirse en el régimen de ayuda. Si el trabajo comienza antes que se cumplan las condiciones fijadas en el presente artículo, la totalidad del proyecto no podrá obtener ayuda regional”.

Destacamos que el art. 17.5 de la Orden de 09/12/2008 que regulaba el incentivo concedido incorporaba las anteriores directrices al señalar:

“En los proyectos ligados a la realización de una inversión además se les notificará que el proyecto, sujeto al resultado de una verificación detallada, cumple en principio las condiciones establecidas en la convocatoria para poder ser considerado incentivable y que ello no prejuzga el sentido de la resolución que se adopte. Estos proyectos no podrán iniciarse hasta no haber recibido dicha comunicación.”

Esta comunicación se emitirá exclusivamente a los efectos previstos en el apartado 38 de las Directrices sobre las ayudas de Estado de Finalidad Regional para el período 2007-2013 (DO C núm. 54, de 4.3.2006). Lo especificado en el párrafo anterior no será de aplicación a los proyectos en los que no se realicen inversiones ni a los proyectos de I+D+I”

De los textos legales transcritos se desprende:

* Que la exigencia de no iniciar los proyectos subvencionados antes de ser considerados incentivables pretende garantizar que las ayudas de Estado de finalidad regional produzcan verdaderos efectos de incentivación de inversiones que de otro modo no se realizarían en las regiones asistidas.

La doctrina jurisprudencial refrenda lo expuesto. La STS de 29 de noviembre de 2002, recurso 382/2000, estimó conforme con los fines de fomento una interpretación de la normativa sectorial en el sentido de “exigir que la inversión sea posterior a la solicitud de subvención, pues aquellos fines no se lograrían si dicha inversión precediera a la solicitud, toda vez que se trata de fomentar la inversión, de provocarla (...), no de compensar o abaratar una inversión ya realizada.”

* El concepto "inicio de los trabajos" se vincula al pedido de equipos.

Ahora bien, la mera solicitud de equipos no colma las exigencias legales. El pedido debe incorporar también un primer compromiso en firme, es decir, un vínculo jurídico entre las partes generador de derechos y obligaciones recíprocas, sin que la firmeza quepa predicar en los estudios de viabilidad.

Luego, no podemos hablar de compromiso en firme cuando del propio documento se desprenda que queda sujeto a ulterior confirmación, ni cuando el sistema de preparación de pedidos requiera una serie de actuaciones no ejecutadas antes de la fecha de comunicación del efecto incentivador.

* El incumplimiento de la condición de no iniciar los proyectos subvencionados antes de ser considerados incentivables (prohibición de actuar *ante tempus*) impide que la totalidad del proyecto obtenga ayuda regional.

Y en la eventualidad que se hubieran iniciado antes de la comunicación del efecto incentivador, procede entonces declarar la pérdida del derecho al cobro, o el reintegro de las cantidades percibidas con arreglo a lo dispuesto en los arts. 37.1 f) e i) LGS y 28.1.f) de la Orden reguladora.

Descendiendo al caso de autos, la prueba practicada acredita un inicio de los trabajos de construcción de la Planta de Tratamiento Mineral anterior a la comunicación del efecto incentivador de la ayuda.

La convicción de este Tribunal descansa, no solo en las controvertidas facturas emitidas por INSERSA entre el 01/05/2007 y el 30/11/2007, que plasman trabajos relacionados con el movimiento de tierras, desbroce y tala de arbolado; también en la prueba gráfica que suministra la fotografía aérea que publicó el diario ABC de Sevilla del 08/11/2007, plasmando el avanzado estado de ejecución de la planta de tratamiento; documento este que en unión al informe técnico de 11 de marzo de 2013, cuyo suscriptor, al abordar el apartado *II. ANALISIS DE DOCUMENTO GRÁFICO EN PODER DE LA INTERVENCIÓN ACTUANTE*, "aprecia con claridad el movimiento de tierras ya realizado que da lugar a la explanación fotografiada, además de una serie de zapatas de cimentación alineadas, de hormigón armado a medio construir y un paño de estructura de perfiles de acero, pintado de azul y colocado en posición vertical que parece corresponder a una parte de la futura estructura que compondrá una de las construcciones que albergará las instalaciones de la Planta de concentración de mineral proyectada...", sugiere que era impensable esperar en la breve quincena que discurrió entre el 23/10/2007 (fecha de comunicación del efecto incentivador) y el 08/11/2007 (fecha que el periódico publicó la fotografía), que la actividad constructiva recién iniciada alcanzase tamaño despliegue y desarrollo.

Es más, frente a este juicio de experiencia ninguna pericia técnica ha propuesto la actora que lo desmienta, quien tampoco desdibuja la intrínseca veracidad del contenido del CD que incorpora el archivo digital de la fotografía aérea tomada el día 17/10/2007, y al que en fase probatoria se adjuntó una copia de la pantalla del ordenador que muestra las propiedades del archivo y donde se indica la fecha y hora en la que fue tomada la fotografía.

En consecuencia, queda probado que el proyecto se inició antes de la comunicación del efecto incentivador.

SÉPTIMO.- Las denuncias sobre falta de motivación de las resoluciones recurridas y arbitrariedad del reintegro acordado no son atendibles, porque las actuaciones combatidas identifican la causa del reintegro, y en sí mismas y por remisión a los informes en que se fundan (motivación *in aliunde*) explicitan con suficiencia los hechos que sustentan el reintegro, sin causar la menor indefensión a la interesada.

OCTAVO.- En opinión de la actora se vulnera el principio de proporcionalidad, arts. 37.2 y 17.3 n) LGS, al exigir el reintegro de la totalidad del importe de la ayuda. Se alega que MATSA llevó a cabo el proyecto objeto de la ayuda y justificó el destino de los fondos percibidos, acreditando, incluso, gastos por un importe superior al presupuesto financiable, reconociéndolo tanto la IGJA como la Agencia IDEA (Vid. pág. 14 del Informe definitivo - folio 1.139 Expte. -).

Los anteriores razonamientos no son atendibles. La subvención objeto de reintegro se financia, art. 5 de la Orden reguladora, con cargo al FEDER (Fondo Europeo de Desarrollo Regional) de Europa. Al regirse especialmente la ayuda por la normativa comunitaria, arts. 6 LGS y 7.1 RLGS, hemos de estar a las previsiones del art. 5.1 del Reglamento de la Comisión CE 1628/2006, de 24 de octubre de 2006, y al punto 38 de las Directrices sobre las ayudas de Estado de finalidad regional para el periodo 2007-2013, que contemplan que en caso de incumplimiento de la condición la totalidad del proyecto no

pueda tener ayuda regional, excluyendo pues la aplicación del principio de proporcionalidad.

Lo expuesto lleva a desestimar el Recurso contencioso-administrativo.

NOVENO.- De conformidad al artículo 139.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, procede imponer las costas a la parte actora sin que se aprecie la concurrencia de circunstancias que justifiquen su no imposición. En uso de la facultad conferida por el número 3 del art. 139 LJCA las costas se limitan a un límite máximo de 1.000 euros, considerando complejidad y alcance del asunto planteado.

Vistos los preceptos legales citados y los demás de general y pertinente aplicación

FALLAMOS

Desestimar el Recurso Contencioso-administrativo interpuesto por la Procuradora D^a. , en nombre y representación de la entidad mercantil MINAS DE AGUAS TEÑIDAS, S.A.U., contra la actuación administrativa anteriormente referenciada, cuya conformidad a derecho declaramos. Se imponen las costas a la parte actora hasta un límite máximo de MIL EUROS (1.000 €).

Notifíquese a las partes la presente resolución indicándoles que será susceptible de recurso de casación cuando concurran las exigencias contenidas en el art. 86 y ss. LJCA, que se preparará ante esta Sala en el plazo de 30 días.

Así, por esta nuestra sentencia de la que se llevará testimonio a las actuaciones, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Juzgado de Guardia