



Roj: **STS 1623/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:1623**

Id Cendoj: **28079130032017100167**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **20/04/2017**

Nº de Recurso: **60/2015**

Nº de Resolución: **693/2017**

Procedimiento: **CONTENCIOSO**

Ponente: **ANGEL RAMON AROZAMENA LASO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En Madrid, a 20 de abril de 2017

Esta Sala ha visto el presente recurso contencioso-administrativo núm. **2/60/2015** interpuesto por la entidad mercantil **ANJOCA CANARIAS, S.L.**, representada por el Procurador de los Tribunales D. Alejandro González Salinas, contra el Acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos de 17 de diciembre de 2014, sobre declaración de incumplimiento de las condiciones establecidas para el disfrute de los incentivos regionales en la Zona de Promoción Económica de las Islas Canarias. Ha sido parte recurrida el Abogado del Estado en la representación que legalmente ostenta de la **ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO**.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Angel Ramon Arozamena Laso

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la representación procesal de la entidad mercantil ANJOCA CANARIAS, S.L., se ha interpuesto recurso contencioso-administrativo contra el Acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos de 17 de diciembre de 2014, sobre declaración de incumplimiento de las condiciones establecidas para el disfrute de los incentivos regionales en la Zona de Promoción Económica de las Islas Canarias, concedido a la recurrente en el expediente nº: GC/411/P06, el cual fue admitido por la Sala, motivando la publicación del preceptivo anuncio en el Boletín Oficial del Estado y la reclamación del expediente administrativo que, una vez recibido, se entregó a la parte recurrente para que formalizase la demanda dentro del plazo de veinte días, lo que verificó con el oportuno escrito en fecha 28 de septiembre de 2015 en el que, después de exponer los hechos y alegar los fundamentos jurídicos que consideró procedentes, terminó suplicando a la Sala:

«dicte en su día Sentencia por la que, dando lugar a los pedimentos de mi principal, estime íntegramente el recurso contencioso-administrativo interpuesto y:

1. Declare la disconformidad a derecho del Acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, de 17 de diciembre de 2014, sobre declaración de incumplimiento de condiciones en el expediente GC/411/P06, que deberá ser anulado, y, en consecuencia, la no obligación de devolución de cantidad alguna por parte de la empresa ANJOCA CANARIAS, S.L. derivada del expediente de reintegro de las ayudas incoado.

2. Subsidiariamente:

a) Con estimación del Motivo de Impugnación Séptimo, se calcule el porcentaje global de incumplimiento conforme al criterio expuesto en dicho motivo, es decir, considerando la totalidad de la plantilla en el periodo 2008-2009.

En razón de lo expuesto, deje sin efecto el acuerdo impugnado en cuanto declara un incumplimiento del 26,52%, y declare que el número de puestos de trabajo computables es de 497,72 puestos de trabajo y el nivel de



incumplimiento del 2,02%, con los demás efectos legales a tal declaración. Porcentaje sobre el que se deberá calcular la cantidad a reintegrar⁴⁹.

b) Subsidiariamente al motivo anterior, con estimación del Motivo de Impugnación Décimo, se calcule el porcentaje global de incumplimiento conforme al criterio expuesto en dicho motivo, es decir, considerando el promedio de trabajadores computables alcanzados durante la totalidad del periodo que va desde el 01/01/2008 a 31/12/2009.

En consecuencia, deje sin efecto el acuerdo impugnado en cuanto declara un incumplimiento del 26,52%, y declare que el número de puestos de trabajo computables es de 400,07 y el nivel de incumplimiento del 21,25% (cifra a la que, eventualmente, deberá añadirse la resultante de la estimación de los motivos de impugnación octavo y/o noveno), porcentaje sobre el que deberá calcularse la cantidad eventualmente a reintegrar.

c) Con estimación del Motivo de Impugnación Octavo, se calcule de nuevo el porcentaje de incumplimiento teniendo en cuenta la inclusión de 12,04 puestos de trabajo adicionales en el número de empleos computables, o aquel número de puestos de trabajo que finalmente se considere acreditado esa Excmá. Sala.

En consecuencia, sumándolos a los considerados por la Administración resulta un promedio en el periodo 2008-2009 de 412,11 puestos de trabajo computables (18,88%).

En defecto de lo anterior, la cifra mínima mensual de empleo computable en el periodo 2008-2009 sería de 380,79 (25,04%).

Porcentajes sobre los que deberá calcularse la cantidad eventualmente a reintegrar.

d) Con estimación del Motivo de Impugnación Noveno, se calcule de nuevo el porcentaje de incumplimiento teniendo en cuenta la inclusión de 11,5 puestos de trabajo adicionales en el número de empleos computables, o aquel número de puestos de trabajo que finalmente se considere acreditado esa Excmá. Sala.

En consecuencia, sumándolos a los considerados por la Administración resulta un promedio en el periodo 2008-2009 de 423,61 puestos de trabajo computables (16,61%).

En defecto de lo anterior, la cifra mínima mensual de empleo computable en el periodo 2008-2009 sería de 384,77 (23,47%).

Porcentajes sobre los que deberá calcularse la cantidad eventualmente a reintegrar.

3. En todo caso, para el supuesto en que no se anule íntegramente el acuerdo impugnado, con estimación del Motivo de Impugnación Undécimo, deje sin efecto el mismo en cuanto declara un incumplimiento del 26,52% de las obligaciones contraídas por la beneficiaria y, en su lugar, califique el incumplimiento de la condición individual 2.3, en aplicación del principio de proporcionalidad, en un 13,26% (o bien aquel porcentaje que resulte de la aplicación del citado principio al reajuste al alza del empleo computable derivado de la estimación de los Motivos Séptimo, Octavo, Noveno y/o Décimo), debiendo reducirse la obligación de reintegro al Tesoro Público a la cantidad resultante de esta modificación, ascendiendo por tanto está a la cantidad de 2.027.656,44€.

4. Y todo ello con imposición de costas a la Administración demandada».

Solicita se fije la cuantía en 4.055.312,88 euros, cantidad al que asciende el principal de la cantidad cuyo reintegro es exigido por la Administración; el recibimiento del pleito a prueba (documental y pericial); y el trámite de conclusiones.

SEGUNDO.- El Abogado del Estado, se opuso a la demanda con su escrito en fecha 27 de octubre de 2015 en el que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos, terminó suplicando a la Sala:

«dictándose sentencia por la que se desestime íntegramente la demanda, confirmando el acto recurrido, con condena en todo caso al actor de las costas incurridas».

TERCERO.- Por decreto de 5 de noviembre de 2015, se resolvió fijar la cuantía del presente recurso 4.055.312,88 euros, importe de la subvención percibida y por auto de fecha 14 de diciembre de 2015 esta Sala acordó el recibimiento del pleito a prueba, con el resultado que obra en autos.

CUARTO.- Declarado terminado y concluso el período de proposición y práctica de prueba concedido y no estimándose necesaria la celebración de vista pública, se concedió por la Sala a la parte actora el plazo de diez días a fin de presentar su escrito de conclusiones sucintas, trámite que fue evacuado mediante su escrito en fecha 11 de febrero de 2016.

QUINTO.- Dado traslado del anterior escrito a la parte demandada para que presentase sus conclusiones, ésta presentó escrito el 22 de febrero de 2016, quedando las actuaciones conclusas y pendientes de señalamiento para votación y fallo cuando por turno corresponda.



SEXTO.- Por providencia de 23 de enero de 2017, se señaló para votación y fallo el día 4 de abril de 2017, en que tuvo lugar su celebración.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por Acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos de 17 de diciembre de 2014, se declara el incumplimiento de condiciones y la modificación del importe de los beneficios que fueron concedidos a la empresa beneficiaria y hoy recurrente -ANJOCA CANARIAS, S.L.- para llevar a cabo un proyecto de inversión consistente en la construcción de 3 hoteles de 4 estrellas, un hotel de 5 estrellas y un campo de golf en Antigua (Fuerteventura).

El Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, de conformidad con lo establecido en el Real Decreto 1535/1987, de 11 de diciembre y en el Reglamento de los incentivos regionales de desarrollo de la Ley 50/1985, aprobado por el Real Decreto 899/2007, de 6 de julio, para los casos de incumplimiento de las condiciones establecidas para el disfrute de los incentivos en las Zonas promocionables delimitadas al amparo de la Ley 50/1985, de 27 de diciembre, elevó a la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos la propuesta de declaración de incumplimiento de las condiciones establecidas para el disfrute de los incentivos regionales a las empresas relacionadas en el anexo de dicho Acuerdo. En consecuencia, se modifica el importe de las subvenciones concedidas en proporción al alcance del incumplimiento según se detalla en el anexo, junto con los intereses de demora hasta la fecha de este Acuerdo, cuyos importes se indican igualmente en el anexo, así como el detalle de la liquidación de los intereses de demora.

Examina los expedientes de concesión de incentivos regionales en las Zonas de Promoción Económica de Comunidad Autónoma de Canarias -la que aquí interesa- y Comunidad Autónoma de Extremadura, a las empresas que se relacionan en dicho anexo, a los efectos de verificar si han cumplido las condiciones establecidas para el disfrute de dichos incentivos, de conformidad con el artículo 34.1.b) del Real Decreto 1535/1987, modificado por Real Decreto 302/1993 y tiene en consideración los siguientes hechos:

1. Los incentivos fueron otorgados por diversos Acuerdos de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos de fechas 24 de febrero de 2000 en el caso del expediente GC/411/P06 -que es el que ahora interesa-, notificados por medio de resoluciones individuales que establecían las condiciones específicas y plazos para su cumplimiento, vinculantes para el disfrute de los expresados incentivos, resoluciones individuales que fueron aceptadas por las respectivas empresas.

2. En el caso de la entidad "ANJOCA CANARIAS. S.L.", titular del expediente GC/411/P06, la empresa percibió la totalidad de la subvención concedida por importe de 15.291.526,69 euros con 5 pagos que se realizaron en las siguientes fechas y con los siguientes importes: el 25/03/2003: 3.832.446,20 euros, el 31/03/2004: 2.961.750,22 euros, el 08/05/2006: 3.634.570,24 euros: el 06/09/2007: 3.704.489,22 euros y el 28/11/2008: 1.158.270,81 euros.

Posteriormente, el 17 de enero de 2014, la Subdirección General de Inspección y Control emitió informe sobre el mantenimiento del empleo en los dos años posteriores al plazo de vigencia, del que se deduce incumplimiento en la creación y mantenimiento del empleo comprometido. Por ello se inició el oportuno expediente de incumplimiento, de acuerdo con lo dispuesto en el Reglamento de los incentivos regionales, de desarrollo de la Ley 50/1985, aprobado por el Real Decreto 899/2007, de 6 de Julio.

Instruido el expediente de incumplimiento, se pone de manifiesto el incumplimiento del 26,52% de la condición de crear y mantener 508 puestos de trabajo, ya que la empresa solo ha acreditado la creación y mantenimiento de 373,27 puestos de trabajo, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 37 del Real Decreto 1535/1987, de 11 de diciembre, en vigor en el momento de su concesión.

3. La modificación de la subvención es consecuencia del incumplimiento de la condición 2.3 la resolución individual de concesión.

Así, las condiciones a cumplir en este expediente son, entre otras, las siguientes:

«2.3. La empresa queda obligada a crear 508 puestos de trabajo en el establecimiento que es objeto de este proyecto y a mantenerlos hasta el fin del plazo de vigencia. A los efectos de esta resolución, solamente se considerará creado el puesto de trabajo cuando se haya celebrado alguno de los siguientes contratos laborales:

- Contrato indefinidos, por jornada completa y a tiempo parcial.
- Contrato fijo discontinuo.
- Contrato para el fomento de la contratación indefinida.



- Contratos formativos: en prácticas y para la formación.

- Igualmente se considera creación de puestos de trabajo la adquisición de la condición de socio trabajador de las cooperativas de trabajo asociado y de las sociedades laborales (anónimas y de responsabilidad limitada).

En el caso de los contratos formativos el puesto de trabajo debe subsistir por tiempo igual o superior a dos años, aun cambiando el trabajador. A estos efectos, al final del plazo de vigencia para el cómputo del puesto de trabajo creado, se tendrá en cuenta el tiempo transcurrido desde la creación del mismo, así como el que quede pendiente en virtud del contrato en vigor.

Para los contratos a tiempo parcial, incluido el fijo discontinuo, es preciso realizar su equivalencia dividiéndose la suma de las horas trabajadas por la jornada anual de la actividad de que trate.

Asimismo, la empresa deberá mantener hasta el final del plazo vigencia 5 puestos de trabajo los cuales, estarán cubiertos con alguno de los tipos de contratos anteriormente indicados.

El empleo a crear y mantener, a uno de marzo de cada año, será el que a continuación se indica:

Fin de cada período 1-mar-01 1-mar-02 1-mar-03 1-mar-04

Total inversión mínima

exigible por período 0 60 273 175

Total inversión mínima

exigible acumulada 5 65 338 513

Sin perjuicio de contar al final del plazo de vigencia con el informe positivo previsto en el Art. 23.1 g) del Reglamento de Incentivos Regionales, la empresa después del mencionado plazo deberá mantener como mínimo dos años los puestos de trabajo exigidos por la presente concesión».

De acuerdo con lo establecido en dicha condición 2.3, la empresa estaba obligada a crear en el centro objeto de la subvención, antes de la fecha de fin de vigencia (31/12/2007) 508 nuevos puestos de trabajo que, además, debían mantenerse, al menos, durante los dos años posteriores a la finalización del plazo de vigencia, es decir hasta el 31/12/2009.

Esta resolución fue aceptada expresamente por la empresa y en ese acto se comprometió a cumplir todas las condiciones recogidas en las mismas.

En el informe propuesta que sirvió de base al acuerdo de incumplimiento se pone de manifiesto que la empresa beneficiaria no ha acreditado la creación y mantenimiento de 134,73 puestos de trabajo, con tipos de contratos admitidos para la creación de empleo (computables) en Fuerteventura, durante los dos años posteriores al final del plazo de vigencia del expediente (periodo de 01/01/2008 a 31/12/2009), lo que supone un incumplimiento del 26,52%.

Así, la cantidad concedida y percibida ha sido de 15.291.526,09 euros, siendo la procedente 11.236.213,81 euros, en consecuencia la cantidad a reintegrar es de 4.055.312,88 euros, con los correspondientes intereses de demora.

SEGUNDO.- A lo anterior debemos añadir ahora nosotros que, en el mismo acuerdo de 17 de diciembre de 2014 de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, se declaró el incumplimiento de las condiciones establecidas en otros dos expedientes, "CONSTRUCCIONES ROTONDA NORTE DE ALMENDRALEJO, S.L." (BA/790/P11) y "MAFRESA EL IBERICO DE CONFIANZA, S.L." (BA/844/P11) por razones similares, atinentes a la creación y mantenimiento del empleo. En ambos casos se ha pronunciado esta Sala rechazando los recursos presentados (así, sentencias de 9 de mayo de 2016 -recurso núm. 62/2015 - y 3 de mayo de 2016 -recurso núm. 159/2015 -, respectivamente).

Por otro lado, debemos anticipar que en la sentencia dictada en el recurso núm. 856/2015, deliberada en la misma sesión que el presente recurso núm. 60/2015, se rechazan argumentos sustancialmente iguales, en su mayor parte, a los que se alegan en este recurso y a la que, en todo caso, nos remitimos.

TERCERO.- La resolución impugnada razona en sus fundamentos de derecho:

«(...) 3. El apartado d) del artículo 37.2 del Real Decreto 1535/1987, modificado por el Real Decreto 302/1993, establece que procederá el reintegro total o parcial de las cantidades percibidas, y la exigencia del interés de demora devengado desde el momento del pago de la subvención, cuando se produzca el incumplimiento de las condiciones impuestas a los beneficiarios con motivo de la concesión de la subvención. Asimismo el punto 3 del citado artículo 37 determina que tratándose de incumplimiento referente a la condición de la cuantía de la inversión el alcance del incumplimiento se determinará que no exceda del 50 por 100; igualmente el apartado



4 determina que tratándose de incumplimiento de condiciones referentes a la creación y mantenimiento de puestos de trabajo el alcance del incumplimiento se determinará en la proporción en que dicha condición haya quedado incumplida y si supera el 50 por 100 o tuviera como resultado la destrucción del empleo se entenderá que es total; el apartado 6 del mismo artículo establece que si el incumplimiento derivara de la inobservancia de alguna condición o supuesto distinto de los anteriores, su alcance será determinado en función del grado y de la entidad de la condición incumplida. Por último el apartado 7 determina que la concurrencia de distintas causas de incumplimiento dará lugar a la apreciación conjunta de las mismas.

4. El artículo 37 del Real Decreto 1535/1987, de 11 de diciembre, señala que la exigencia del interés de demora tendrá lugar «desde el momento del pago de la subvención». Por otra parte, el artículo 37 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, señala que procede la exigencia del interés de demora «desde el momento del pago de la subvención hasta la fecha en que se acuerde la procedencia del reintegro». Por lo tanto, la liquidación de los intereses de demora abarca el período comprendido entre la fecha de pago de la subvención y la fecha de este Acuerdo. Dentro de este período y en cuanto al tipo de interés aplicable, hasta 17/02/2004 resulta de aplicación lo dispuesto en el artículo 36 de la Ley General Presupuestaria entonces en vigor (Real Decreto Legislativo 1091/1988), siendo el interés de demora el interés legal del dinero; desde 18/02/2004, fecha de entrada en vigor de la Ley General de Subvenciones, es de aplicación lo dispuesto en el artículo 38.2 de la misma y el interés de demora se corresponderá con el interés legal del dinero incrementado en un 25 por 100».

Y, con aplicación de la Ley 50/1985 de 27 de diciembre, el Real Decreto 1535/1987, de 11 de diciembre, modificado por los Reales Decretos 302/1993, de 26 de febrero y 2315/1993, de 29 de diciembre, el Reglamento de los incentivos regionales, de desarrollo de la Ley 50/1985, aprobado por el Real Decreto 899/2007, de 6 de julio, y el Real Decreto Legislativo 1091/1988, de 23 de septiembre, declara el incumplimiento reseñado.

CUARTO.- En resumen estos son los datos básicos del expediente, según el informe propuesta de resolución :

«Número de expediente: GC/411/P06.

Beneficiario: ANJOCA CANARIAS, S.L.

Localización del proyecto en ANTIGUA (LAS PALMAS). Actividad: CONSTRUCCIÓN DE 3 HOTELES DE 4 ESTRELLAS, UN HOTEL DE 5 ESTRELLAS Y UN CAMPO DE GOLF.

Solicitud de 06/08/1999.

Concesión por Acuerdo C.D.G.A.E. de 24/02/2000.

Resolución Individual de concesión de Incentivos Regionales de 01/03/2000, aceptada el 24/04/2000.

Publicación en el B.O.E el 18/04/2000.

Revisión, por Acuerdo C.D.G.A.E. de 08/05/2008.

Última resolución Individual última revisión de 19/05/2008, aceptada el 16/07/2008.

Subvención concedida: (17,00%) 15.291.526,69 €.

Subvención percibida: 15.291.526,69 €.

Fechas de pago:

25/03/2003 Importe: 3.832.446,20 €.

08/05/2006 Importe: 3.634.570,24 €.

28/11/2008 Importe: 1.158.270,81 €.

31/03/2004 Importe: 2.961.750,22 €.

06/09/2007 Importe: 3.704.489,22 €.

Cambios de titularidad de fechas: 21/03/2005 y 15/07/2005.

Final del plazo de vigencia: 01/03/2004, prorrogado hasta 31/12/2007.

Informe sobre mantenimiento del empleo: 17/01/2014.

Consta en el expediente la aceptación de la Resolución Individual de concesión de incentivos regionales y sus condiciones, así como de sus modificaciones posteriores.



Las condiciones a cumplir en este expediente son, entre otras, las siguientes:

Realizar inversiones por importe de 89.950.157,00 €, conforme a los siguientes

Capítulos:

Obra civil: 61.836.160,00 €

Bienes de equipo: 15.078.337,00 €

Planificación e Ingeniería: 3.073.074,00 €

Otros activos fijos materiales: 9.962.586,00 €».

Declara el incumplimiento de las condiciones establecidas para el disfrute de los incentivos regionales, modifica el importe de las subvenciones concedidas en proporción al alcance del incumplimiento, con la obligación de reintegrar al Tesoro Público la subvención percibida que excede de la subvención procedente, junto con los intereses de demora hasta la fecha de dicho acuerdo, cuyos importes se indican en el anexo.

A modo de resumen, la modificación de la subvención fue consecuencia del incumplimiento parcial de la condición 2.3 de la resolución individual de concesión. De acuerdo con lo establecido en dicha condición 2.3, la empresa estaba obligada a crear y mantener, antes de la fecha de fin de vigencia (21/12/2007), 508 puestos de trabajo con las modalidades de contratación indicadas en la propia resolución. Además, estos puestos debían mantenerse, al menos, durante los dos años posteriores a la finalización del plazo de vigencia, es decir hasta el 31/12/2009. Esta resolución fue aceptada expresamente por la empresa y en ese acto se comprometió a cumplir todas las condiciones recogidas en las mismas. En el informe propuesta que sirvió de base al acuerdo de incumplimiento se pone de manifiesto que la empresa beneficiaria no ha acreditado la creación y mantenimiento de 134,73 puestos de trabajo, sobre los 508 fijados en la resolución individual, lo que supone un porcentaje de incumplimiento del 26,52%.

Así, la subvención a reintegrar es de 4.055.312,88 euros y los correspondientes intereses de demora 1.492.174,56 euros.

QUINTO.- El recurso contencioso-administrativo se basa en los doce motivos siguientes:

- 1) Caducidad del expediente de reingreso: infracción de los artículos 42.2 , 44.2 y 92.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común ;
- 2) Subsidiariamente, el acuerdo de la CDGAE de 17 de diciembre de 2014, en todo caso, es nulo al haber prescrito el derecho de la Administración para llevar a cabo las funciones de inspección y control;
- 3) Subsidiariamente, la situación de crisis económica en el período 2008-2009 constituye un supuesto de fuerza mayor que exonera de responsabilidad a la beneficiaria y de la obligación de reintegro del artículo 7 de la Ley 50/1985 ;
- 4) Infracción del artículo 45.1 del Real Decreto 899/2007 y, por inaplicación, de la cláusula rebus sic stantibus, como consecuencia de la completa alteración de las circunstancias en las que se otorgaron los incentivos regionales;
- 5) Fundamento y contexto de los incentivos económicos regionales: cumplimiento por ANJOCA CANARIAS del objetivo de empleo y de la finalidad subvencional;
- 6) Inimputabilidad del eventual incumplimiento: infracción del artículo 7 de la Ley 50/1985 ;
- 7) Subsidiariamente: sobre el cálculo del grado de cumplimiento del nivel de empleo teniendo en cuenta el total de la plantilla en el período 2008-2009 del principio de efecto directo del derecho comunitario;
- 8) Subsidiariamente: no se ha computado desde su origen los contratos de trabajo eventuales convertidos en indefinidos;
- 9) Vulneración del principio de protección de la confianza legítima: existen cuentas de cotización necesarias para el desarrollo de la actividad subvencionada no incluidas en el cómputo del nivel de empleo exigido;
- 10) Sobre la forma de cálculo del grado de cumplimiento del nivel de empleo: media de trabajadores computables alcanzados durante el período 2008-2009;
- 11) La determinación del porcentaje de incumplimiento en la resolución impugnada es incorrecta: vulneración del principio de proporcionalidad en la graduación del incumplimiento al no tener en cuenta que consta acreditado que ANJOCA CANARIAS ha cumplido el 100% de la condición 2.2 relativa a las inversiones a realizar;



12) Inexistencia de obligación de pago de intereses de demora. En todo caso, la liquidación de intereses de demora ha sido practicada erróneamente.

SEXTO.- Antes de examinar los reseñados motivos de impugnación conviene recordar la doctrina reiterada de esta Sala, expresada, entre las más recientes, en sentencia de 9 de mayo de 2016 -recurso núm. 62/2015 -:

<<estos efectos, resulta pertinente recordar que la subvención se configura tradicionalmente como una medida de fomento que utilizan las Administraciones Públicas para promover la actividad de los particulares o de otras Administraciones Públicas hacia fines de interés general que representa o gestiona la Administración concedente".

Según resulta de la jurisprudencia reiterada de esta Sala, expresada entre otras en las sentencias de 7 de abril de 2003 (RC 11328/1998), de 4 de mayo de 2004 (RC 3481/2000), de 17 de octubre de 2005 (RC 158/2000) y de 20 de mayo de 2008 (RC 5005/2005), la naturaleza de la medida de fomento administrativo puede caracterizarse por las notas que a continuación se reseñan:

« En primer lugar, el establecimiento de la subvención puede inscribirse en el ámbito de las potestades discrecionales de las Administraciones públicas, pero una vez que la subvención ha sido regulada normativamente termina la discrecionalidad y comienza la previsión reglada cuya aplicación escapa al puro voluntarismo de aquéllas.

En segundo término, el otorgamiento de las subvenciones ha de estar determinado por el cumplimiento de las condiciones exigidas por la norma correspondiente, pues de lo contrario resultaría arbitraria y atentatoria al principio de seguridad jurídica.

Por último, la subvención no responde a una «causa donandi», sino a la finalidad de intervenir en la actuación del beneficiario a través de unos condicionamientos o de un «modus», libremente aceptado por aquél. Por consiguiente, las cantidades otorgadas en concepto de subvención están vinculadas al cumplimiento de la actividad prevista. Se aprecia, pues, un carácter condicional en la subvención, en el sentido de que su otorgamiento se produce siempre bajo la condición resolutoria de que el beneficiario tenga un determinado comportamiento o realice una determinada actividad en los términos en que procede su concesión (Cfr SSTS 20 de junio , 12 de julio y 10 de octubre de 1997 , 12 de enero y 5 de octubre de 1998 , 15 de abril de 2002 «ad exemplum»).

Nuestra jurisprudencia, según se refiere en la sentencia de 20 de mayo de 2003 (RC 5546/1998), ha reconocido el carácter modal de la subvención o, si se prefiere, su naturaleza como figura de Derecho público, que genera inexcusables obligaciones a la entidad beneficiaria, cuyo incumplimiento determina la procedencia de la devolución de lo percibido sin que ello comporte, en puridad de principios, la revisión de un acto administrativo declarativo de derechos que haya de seguir el procedimiento establecido para dicha revisión en los artículos 102 y siguientes de la LRJ y PAC. Y es que la subvención comporta una atribución dineraria al beneficiario a cambio de adecuar su actuación a los fines perseguidos con la indicada medida de fomento y que sirven de base para su otorgamiento. La subvención no responde a una causa donandi, sino a la finalidad de intervenir la Administración, a través de unos condicionamientos o de un modus, libremente aceptado por el beneficiario en la actuación de éste » .

En este sentido, rechazamos que la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos haya realizado una interpretación exorbitante o arbitraria de las condiciones particulares impuestas en la resolución individual de concesión de la subvención de incentivos económicos regionales, que se revele incompatible con la tutela de los intereses públicos presentes en la actividad de fomento, y contraria con el principio «pro civem», puesto que constituye obligación del beneficiario cumplir el objetivo de creación y mantenimiento de los 43 puestos de trabajo comprometidos, ejecutar el proyecto y realizar la actividad que fundamenta la concesión de la subvención.

En último término, también rechazamos que el Acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos impugnado, vulnere el principio de proporcionalidad, que se invoca, como fundamento de la pretensión formulada con carácter subsidiaria, en el sentido de que debió ponderarse el hecho de que cumplió todas las demás obligaciones impuestas a la empresa beneficiaria de incentivos económicos regionales.

Esta Sala no aprecia que se haya infringido el principio de proporcionalidad, al determinar el grado de incumplimiento, en relación con los puestos de trabajo que se estiman no creados ni mantenidos durante los dos años posteriores a la terminación del periodo de vigencia, ya que no estimamos que se haya apartado de los criterios establecidos en el artículo 37 del Real Decreto 1535/1987, de 11 de diciembre , por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley 50/1985, de incentivos regionales para la corrección de los desequilibrios económicos interterritoriales>>.



En el mismo sentido, sentencia de 29 de noviembre de 2016 -recurso núm. 660/2015 -.

SÉPTIMO.- Hechas las consideraciones anteriores, veamos el primer motivo de impugnación, en el que se alega la caducidad del expediente de reintegro.

La recurrente sostiene que el procedimiento ha caducado al haberse superado el plazo que fija el artículo 42.2 de la Ley 30/1992 que establece un plazo máximo de 6 meses para resolver. Considera que el Real Decreto 899/2007, carece de rango legal para establecer un plazo superior a seis meses, tal y como exige el artículo 42.2 de la LRJPAC, por lo que no resulta admisible el plazo de caducidad de 12 meses previsto en su artículo 45.5. La Ley 50/1985, de Incentivos Regionales, no contiene previsión alguna sobre la duración del procedimiento de reintegro. La ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, no contiene precepto alguno, aplicable en materia de incentivos regionales, que amplie el plazo máximo establecido en el artículo 42.2 de la LRJPAC ya que la disposición adicional novena de aquella establece que los incentivos regionales se regularán por la Ley 50/1985, de 27 de diciembre, excepto en lo referido al régimen de control financiero y a las infracciones y sanciones administrativas en materia de subvenciones que se regirán, respectivamente, por lo establecido en los títulos III y IV de esta ley.

En consecuencia, considera que son de aplicación supletoria los plazos de caducidad y efectos establecidos en la Ley 30/1992, lo que determina que conforme al artículo 42.2 de la LRJPAC existía un plazo de seis meses para la resolución del procedimiento de incumplimiento.

Sin embargo la disposición adicional novena de la Ley General de Subvenciones obliga a que los aspectos exclusivamente relacionados con el control financiero y el régimen de infracciones y sanciones se rijan por lo establecido en la misma, pero no sólo no impide que el resto de sus disposiciones puedan ser también de aplicación a los incentivos regionales sino que, en defecto de normativa propia, remite expresamente y con carácter general a las mismas al establecer, en el último apartado del punto primero que: *"...en cualquier caso, esta Ley se aplicará con carácter supletorio"*.

En todo aquello que no haya sido expresamente previsto por la normativa específica de los incentivos regionales, será de aplicación supletoria la Ley General de Subvenciones. El artículo 42.4 de la LGS establece un plazo de caducidad de 12 meses. El artículo 45.5 del Reglamento de incentivos regionales aprobado por el Real Decreto 899/2007 es la norma propia que regula este aspecto concreto del procedimiento de incumplimiento y establece de forma clara dicho plazo de doce meses.

La doctrina sobre este asunto -al margen de alguna resolución aislada- es pacífica a la hora de fijar el plazo de caducidad del procedimiento de incumplimiento en los incentivos regionales en 12 meses en aplicación del reglamento aprobado por el Real Decreto 899/2007. Así sentencias de 15 de febrero de 2011 -recurso núm. 460/2009 -, 23 de marzo de 2012 -recurso núm. 2902/2010 - y 27 de junio de 2012 -recurso núm. 414/2010 -, entre otras.

OCTAVO.- En el motivo segundo denuncia la prescripción de derecho de la Administración para llevar a cabo las funciones de inspección y control.

La recurrente argumenta, en primer lugar, que habiendo caducado el procedimiento, no habría producido el efecto de interrumpir el plazo de prescripción, habiéndose en consecuencia ganado esta por el beneficiario.

En segundo lugar, con carácter subsidiario, afirma que en todo caso habría prescrito el derecho de la administración para desarrollar las funciones de inspección y control ya que estas se llevaron a cabo una vez transcurrido el plazo máximo de cinco años establecido en el artículo 33.2 del Real Decreto 1535/1987, a contar desde la fecha de fin de vigencia. Para justificar la aplicación de este plazo se basa en diversos pronunciamientos judiciales en materia penal, en el que se afirmaría la naturaleza sustantiva o material de la institución de la prescripción en el ámbito de lo punitivo, y en la sentencia de 7 de octubre de 2013 -recurso núm. 313/2012 - en materia de incentivos regionales.

En tercer lugar, aun aceptando la aplicación del plazo establecido en el Real Decreto 899/2007, de 6 de julio, entiende que se habría producido igualmente la prescripción por aplicación del artículo 132.2 de la LRJPAC. Considera que si bien la prescripción se interrumpió el 28 de octubre de 2013 a consecuencia del inicio de actuaciones inspectoras a través de requerimiento de información, atendido por ANJOCA el 14 de noviembre de 2013, el informe de incumplimiento resultante se notificó el 13 de febrero de 2014 (el día 18 se recibió por la demandante).

Entiende la actora que transcurrido un mes desde la presentación de la información solicitada se reinicia el cómputo de la prescripción y que esta se habría ganado el 17 de febrero de 2014.

Pues bien, en primer lugar, ya hemos rechazado que se haya producido la caducidad del expediente, no siendo necesarias mayores consideraciones.



En segundo lugar, la recurrente justifica la aplicación del plazo de 5 años en base a jurisprudencia no aplicable al caso, pues se refiere al ámbito penal o sancionador y los procedimientos de reintegro de subvenciones no tienen carácter sancionador.

La norma vigente al momento en que se inició el cómputo del plazo de prescripción era el artículo 43.2 del Reglamento de incentivos regionales aprobado por el Real Decreto 899/2007, que establece que las funciones de vigilancia e inspección podrán realizarse hasta transcurridos cuatro años contados desde el vencimiento del plazo de la última de las condiciones que debieran ser cumplidas o mantenidas.

En el presente caso, la condición 2.3 obligaba a la empresa a mantener el nivel de empleo durante los 2 años posteriores a la finalización del plazo de vigencia, es decir hasta el 31 de diciembre de 2009.

El *dies a quo* a efectos de la prescripción no puede ser anterior a aquel en que finaliza el periodo de dos años posterior al de vigencia, momento en que puede determinarse el eventual incumplimiento de la condición de empleo y, por tanto, ejercitarse la acción correspondiente. Por tanto, el plazo de prescripción de cuatro años (o en su caso de cinco según alega la empresa) no puede entenderse iniciado antes de la fecha en que finalizó la obligación de mantenimiento del empleo, es decir, el 31 de diciembre de 2009. En este sentido, sentencias de 30 de noviembre de 2011 -recurso núm. 3632/2009 - y 29 de marzo de 2012 -recurso núm. 2940/2010 -.

El plazo de prescripción quedó interrumpido por la solicitud de información remitida a la empresa el 28 de octubre de 2013 mediante el requerimiento realizado para que aportara la documentación necesaria al objeto de acreditar el cumplimiento del mantenimiento del nivel de empleo exigido durante los dos años posteriores a la finalización del plazo de vigencia, tal como señala el citado artículo 43.2.a). Por tanto, no se había producido la prescripción cuando la Administración notificó las actuaciones de inspección y control. En el mismo sentido, en cuanto al plazo de prescripción y a la interrupción del mismo, el artículo 39 de la Ley General de Subvenciones .

En relación con el tercer argumento alegado por la empresa en relación con la prescripción, las referencias que hace el artículo 132.2 de la LRJPAC no son aplicables a este supuesto, ya que el mismo se encuentra encuadrado dentro del título IX "*De la potestad sancionadora*". El procedimiento ahora recurrido no hace referencia a un procedimiento sancionador, sino a un procedimiento de incumplimiento que tiene por objeto determinar si la empresa beneficiaria de la subvención ha cumplido con las condiciones fijadas en la resolución de concesión y, en su caso, determinar el incumplimiento y la procedencia del reintegro de la subvención percibida indebidamente. Así, sentencia de 4 de marzo de 2013 -recurso núm. 768/2012 - y las que allí se citan, rechazando que el procedimiento por incumplimiento sea un procedimiento sancionador.

La LGS establece -respecto al derecho a reconocer y liquidar un reintegro- como una de las causas de interrupción de la prescripción "*cualquier acción de la Administración, realizada con conocimiento formal del beneficiario o de la entidad colaboradora, conducente a determinar la existencia de alguna de las causas de reintegro*".

Por el contrario, para determinar las infracciones o imponer las correspondientes sanciones, la LGS se remite al artículo 132 de la LRJPAC según la cual sólo "*interrumpirá la prescripción la iniciación, con conocimiento del interesado, del procedimiento sancionador, reanudándose el plazo de prescripción si el expediente sancionador estuviera paralizado durante más de un mes por causa no imputable al presunto responsable*".

Esta diferente regulación supone de que estamos ante supuestos distintos no pudiendo aplicarse a los procedimientos de reintegro lo establecido en el artículo 132 para los procedimientos sancionadores.

Debe pues rechazarse este motivo, tal y como propone el Abogado del Estado, atendida la jurisprudencia mencionada.

NOVENO.- En el motivo tercero aduce la recurrente que la situación de crisis económica en el periodo 2008-2009 constituye un supuesto de fuerza mayor que exonera de responsabilidad a la beneficiaria.

Alega que la situación de crisis constituye un supuesto de fuerza mayor; sin embargo en el ámbito de los incentivos regionales no puede considerarse que la coyuntura económica pueda dispensar del cumplimiento de las obligaciones asumidas al aceptarse la resolución individual. Las circunstancias alegadas por la empresa se inscriben dentro del ámbito del riesgo empresarial.

En este sentido la sentencia de 2 de junio de 2014 -recurso 66/2013 -, como otras muchas, señala:

«(...) Como ya hemos manifestado en otras sentencias, el eventual reintegro de las subvenciones concedidas (o, en su caso, la no entrega de la cantidad consignada a tal fin) no responde tanto a la exigencia de responsabilidad a titular de culpa, sino a la lógica de que la ayuda pública viene condicionada desde su inicio, en términos objetivos, por el estricto cumplimiento de las condiciones impuesta en el acto de su concesión.



Para que, en supuesto muy excepcionales, aquella ecuación pudiera quebrarse sería preciso justificar que la causa obstativa al cumplimiento fue un suceso de fuerza mayor del todo extraño o ajeno al ámbito o sector en el que se desenvuelve la actuación empresarial. Cosa distinta es que el incumplimiento sin culpa excluya, en su caso, la imposición de las sanciones procedentes por el disfrute, no ajustado a las condiciones asumidas, de los fondos públicos que se hubieran entregado».

Lo cierto es que las situaciones de crisis económica con repercusión en el sector empresarial para el que se concedió la subvención no se ha considerado un motivo de fuerza mayor ni una causa que justifique el incumplimiento de las condiciones de la subvención. En este sentido, entre las más recientes, sentencias de 3 de mayo de 2016 -recurso núm. 260/2014 - y 21 de diciembre de 2016 -recurso núm. 660/2015 -.

DÉCIMO.- En el motivo cuarto denuncia la infracción del artículo 45.1 del Real Decreto 899/2007 y la inaplicación de la cláusula "rebus sic stantibus".

En el ámbito subvencional, las condiciones a cumplir por el beneficiario son la manifestación del fin público que exige la concesión de una subvención. Por tanto, no resulta aplicable la cláusula alegada en el ámbito de los incentivos económicos regionales.

Dispone el artículo 45.1 del Real Decreto 899/2007 -que en todo caso no supone la traslación de la cláusula "rebus sic stantibus" al ámbito de los incentivos regionales- que «recibido el informe sobre el grado de cumplimiento de condiciones y si éste determina que el proyecto no se ha ejecutado de acuerdo con las condiciones establecidas se procederá, por parte de la Dirección General de Fondos Comunitarios, a analizar las causas y el alcance del incumplimiento, iniciando el procedimiento de incumplimiento". No obstante "excepcionalmente, la Dirección General de Fondos Comunitarios, podrá conceder una prórroga extraordinaria para la ejecución del proyecto, siempre que conste informe favorable del Consejo Rector de Incentivos Regionales, y concurren circunstancias de interés público o el incumplimiento no sea imputable al beneficiario».

Así, como señala el Abogado del Estado:

1. Se refiere a incumplimientos relativos a la ejecución del proyecto, por tanto producidos en el periodo de vigencia, y permite conceder una prórroga para terminar su ejecución, retrasando por tanto el momento de fin de vigencia. En el caso de ANJOCA el proyecto ya se ha ejecutado completamente y ha concluido el periodo de vigencia, momento a partir del cual computan los dos años en los que debe cumplirse la condición de mantenimiento del empleo. Por tanto, esta prórroga, por lo demás potestativa para la Administración, ya no puede concederse.
2. Se refiere a incumplimientos no imputables al beneficiario (ejemplo: no disponer de licencias a pesar de haberlas solicitado en plazo por retrasos de la Administración competente para otorgarlas). En el presente caso el incumplimiento es imputable a la empresa.
3. La prórroga se concede para permitir que en ese plazo adicional la beneficiaria cumpla con el comportamiento a que estaba comprometida. En el presente caso el empleo ya no se ha mantenido por lo que no es posible el cumplimiento.

Rechazamos pues este motivo.

DECIMOPRIMERO.- El motivo quinto sostiene el cumplimiento de objetivos de empleo y de la finalidad subvencional.

La recurrente considera que ha cumplido la condición de empleo al haberse creado mayor empleo del exigido, aunque reconoce que no todo el empleo fue bajo las modalidades de contratación contenidas en la propia resolución.

Lo cierto es que únicamente podrán ser tenidos en cuenta aquellos puestos de trabajo con alguna de las modalidades de contratación recogida en la propia resolución de concesión, siendo irrelevante el número de puestos de trabajo eventuales que haya generado la empresa titular del expediente. Ya hemos recogido antes la condición 2.3.

La demandante alega que los reglamentos y directrices comunitarias no incluyen la exigencia de que el empleo deba ser indefinido. Sin embargo el Reglamento 1628/2006 y las Directrices de la Comisión Europea sobre las ayudas de Estado de finalidad regional no vienen a sustituir a la normativa estatal reguladora de los incentivos regionales. Su finalidad es fijar determinados límites a la potestad de conceder subvenciones, estableciendo los requisitos necesarios para que su ejercicio no colisione ni se oponga a los principios del mercado común, ni incurra en prohibición de ayudas de Estado. Por tanto, los requisitos exigidos en los Reglamentos y Directrices comunitarias son unos requisitos mínimos que vienen a garantizar su compatibilidad con el mercado común,



sin que nada impida que los Estados miembros establezcan en sus convocatorias nacionales las limitaciones o los requisitos adicionales que estimen oportunos, siempre que no contradigan los requisitos mínimos establecidos en la normativa comunitaria.

El motivo se rechaza.

DECIMOSEGUNDO. - En el motivo sexto denuncia la inimputabilidad del eventual incumplimiento y la infracción del artículo 7 de la Ley 50/1985 .

De nuevo insiste en la situación de crisis alegada anteriormente. La sentencia de 4 de marzo de 2013 -recurso núm. 768/2011 - señala que:

«El concepto de imputabilidad a que alude el artículo 7 de la Ley 50/1985, de 27 de diciembre , de incentivos regionales para la corrección de desequilibrios económicos interterritoriales, no se vincula a la exigencia de responsabilidad a título de culpa, sino que es exponente del designio del legislador de hacer recaer los efectos jurídicos derivados del incumplimiento de las condiciones impuestas en el acto de concesión de la subvención al beneficiario, al que se le impone el deber de reintegro de los incentivos recibidos, de modo que sólo en supuesto excepcionales de fuerza mayor podrá quedar exonerado de esta responsabilidad».

Antes, y en análogo sentido, sentencia de 15 de febrero de 2009 -recurso núm. 2571/2007 -, lo que permite rechazar, sin mayores razonamientos este motivo.

DECIMOTERCERO. - Dedicar el motivo séptimo al cálculo del grado de incumplimiento.

El grado de cumplimiento de la condición de creación de nuevos puestos de trabajo no puede venir determinado por el empleo total de la actora.

La resolución de concesión es clara en este sentido. Únicamente se podrán computar aquellos puestos de trabajo cubiertos con alguna de las modalidades señaladas en la propia resolución.

Por tanto, sólo los trabajadores con estos tipos de contrato pueden ser admitidos a los efectos de acreditar el cumplimiento de esta condición. Así, sentencia de 12 de julio de 2006 -recurso núm. 1025/2004 -.

En todo caso, nos remitimos a lo que luego se dice en el fundamento de derecho decimosexto.

DECIMOCUARTO. - En el motivo octavo sostiene que no se han computado desde su origen los contratos de trabajo eventuales convertidos en indefinidos.

Sostiene que la Administración no ha contabilizado los contratos eventuales transformados en indefinidos desde su origen, al considerar que dichos contratos se equiparaban a los indefinidos desde la fecha de la primera contratación.

Al margen de los efectos que en el ámbito laboral o de la seguridad social pueda tener esta transformación, en el sistema de incentivos regionales únicamente se contabilizan desde la fecha de la transformación.

Así, la sentencia de 2 de noviembre de 2011 -recurso núm. 350/2010 - recogida en el propio informe propuesta de resolución.

Los trabajadores con contrato eventual que posteriormente fueron transformados en indefinidos, solo podrán tenerse en cuenta desde la fecha de la transformación, por lo que no es posible añadir al empleo señalado por la administración los 12,04 puestos de trabajo que supondría considerar estos puestos de trabajo desde el momento inicial de la contratación.

DECIMOQUINTO. - El motivo noveno versa sobre la pretendida vulneración de la confianza legítima, pues existen cuentas de cotización a la Seguridad Social necesarias para el desarrollo de la actividad subvencionada no incluidas en el cómputo del nivel de empleo exigido.

La subvención se otorgó para llevar a cabo un proyecto de inversión consistente en la construcción de unos hoteles y un campo de golf. La exigencia de creación de puestos de trabajo debe realizarse en el ámbito del proyecto de inversión subvencionado.

Por tanto, únicamente podrán ser tenidos en cuenta aquellos puestos de trabajo que de forma directa y exclusiva prestan sus servicios en la actividad subvencionada.

En los cálculos realizados se excluye las cuentas de cotización 011135103973432 y 011135106805529 correspondientes a la CNAE 4110 (promoción inmobiliaria) y CNAE 5221 (actividades anexas al transporte terrestre).

Como se indicaba en el informe propuesta la actora no ha acreditado que estos puestos de trabajo se dedicaran en exclusiva al proyecto subvencionado ni, en su caso, el porcentaje de trabajo afecto a él.



En materia de subvención, corresponde a los beneficiarios demostrar el cumplimiento de las condiciones para su percepción.

Así, en sede administrativa se aceptó razonadamente la inclusión de los trabajadores dedicados a la actividad de captación y depuración de aguas ya que se ha verificado que determinadas instalaciones de depuración de aguas forman parte de las inversiones incluidas en la solicitud de ayuda de este expediente; igualmente se ha comprobado que esta actividad está recogida entre las subvencionables en el Real Decreto 569/1988, de 3 de junio, de creación y delimitación de la Zona de Promoción Económica de Canarias.

Sin embargo no es posible admitir los trabajadores incluidos en las otras dos cuentas de cotización, ya que se trata de actividades que, con carácter previo, no son susceptibles de ser subvencionadas a través de Incentivos Regionales en la Comunidad Canaria, son actividades que no figuran en la memoria del proyecto subvencionado y además la empresa no ha acreditado que estos puestos de trabajo estén relacionados directa y exclusivamente con la actividad subvencionada.

Y sin que, aunque en un primer momento se tuvieran en cuenta, esté impedido que la Dirección General de Fondos Comunitarios, en el ejercicio de sus funciones (artículos 34 y 35 del Real Decreto 1535/1987, Reglamento vigente en el momento de la concesión de la subvención, y artículo 34.5 aprobado por el Real Decreto 899/2007), realice la correspondiente función de inspección y control.

En el presente caso nos encontramos ante un incumplimiento continuado durante los dos años posteriores a la fecha de finalización del plazo de vigencia, siendo el nivel de empleo a la finalización del plazo de 366,27 puestos de trabajo sobre los 508 exigidos.

DECIMOSEXTO.- El motivo décimo se refiere al cálculo del grado de cumplimiento del nivel de empleo y a la media de trabajadores computables alcanzado durante el periodo 2008- 2009, esto es al porcentaje de incumplimiento.

El porcentaje de incumplimiento, en aplicación del artículo 37.4 del Real Decreto 1535/1987 , se determinará en proporción al incumplimiento, relacionando los puestos no creados (en este caso 134,73) con los que el beneficiario hubiera quedado obligado (en este caso 508). Por tanto el incumplimiento es del 26,52%.

La actora considera que debe tenerse en cuenta el cumplimiento total de la condición de inversión. Sin embargo ha incumplido una de las condiciones fundamentales de la concesión, que es la creación de nuevos puestos de trabajo.

Como hemos recordado en la reciente sentencia de 21 de diciembre de 2016 -recurso núm. 660/2015 -, sobre la relevancia de dicha condición de creación y mantenimiento de puestos de trabajo:

<<Por otro lado, no puede olvidarse la especial importancia que tiene el aspecto social del incumplimiento de la condición de empleo, al reconocer al cumplimiento de la condición de empleo como « ... un objetivo prioritario exigible a la Administración y que debe conseguir, mediante la técnica de fomento» (sentencia 2 de abril de 1998 -recurso núm. 124/1995 -). Asimismo, se añade, entre otras consideraciones, « ... el rigor con que ha de exigirse el cumplimiento de la condición de empleo, dada la finalidad perseguida con el tipo de ayudas de que se trata» (sentencia de 23 de julio de 2001). En línea con esta doctrina, sentencia de 8 de junio de 2005 -recurso de casación núm 1188/2002 -.

En definitiva, la creación de empleo es uno de los fines que principalmente se proponen alcanzar los concursos convocados para la concesión de beneficios y si la subvención se otorga como instrumento de fomento del empleo, no conseguir ese objetivo frustra las expectativas que se tenían puestas en dicha medida de estímulo a la inversión.

La sentencia de 6 de noviembre de 2001 -recurso núm. 21/2000 -, destaca, a modo de síntesis, que «(...) Nuestra jurisprudencia ha puesto énfasis en la trascendencia del cumplimiento de las obligaciones enderezadas al fomento del empleo, criterio que, entre otras muchas, está expresado en las SSTS de 2 de abril de 1998 (fº.jº quinto) y 4 de febrero de 1999 (fº.jº. tercero). En la última citada se dice que si se otorga una subvención como instrumento de fomento del empleo, no conseguir ese objetivo frustra las expectativas a que responde la técnica jurídica aplicada. Esto es lo que ha acontecido en nuestro caso». Y, en análogo sentido, la sentencia de 22 de septiembre de 2009 -recurso núm. 401/2007 -.

Según recuerda la reciente sentencia de 3 de mayo de 2016 -recurso núm. 159/2015 - «Como hemos visto, el citado artículo 37.4 se refiere específicamente al modo de cuantificar el incumplimiento de las condiciones referentes a la creación y mantenimiento de puestos de trabajo, sin que el precepto contemple que el porcentaje de incumplimiento determinado con arreglo a lo allí previsto sea minorado o reducido por la circunstancia de haber sido cumplidas otras condiciones. Sin duda, la norma parte de la consideración de que el beneficiario del incentivo viene obligado al cumplimiento de todas las condiciones; de ahí que en



ningún precepto se contemple que el cumplimiento de una condición pueda compensar o restar gravedad al incumplimiento de otra. Lo que sí se contempla (artículo 37.7) es la posibilidad de concurrencia simultánea de distintas causas de incumplimiento, estableciéndose que ello "...dará lugar a la apreciación conjunta de las mismas"».

Por consiguiente, de acuerdo con todo ello y en aplicación de dicho artículo 37, al no haberse creado 2 puestos sobre 20 fijados en la resolución individual, el alcance del incumplimiento ha sido del 10%.

Así, en sentencia de 28 de septiembre de 2009 -recurso núm. 353/2007 - se dijo: «Frente a lo que defiende la actora, tiene razón el Abogado del Estado en que el mantenimiento del empleo es un mínimo de trabajadores que hay que mantener en todo momento. A falta de cualquier precisión al respecto, así debe deducirse de la cláusula del acuerdo de concesión cuanto estipula que "la empresa después del mencionado plazo deberá mantener como mínimo dos años los puestos de trabajo exigidos por la presente concesión". Puestos de trabajo que han de mantenerse a lo largo de esos dos años, y no sólo en algunos meses, aunque en otros pueda superarse la cifra mínima exigida».

Y en otra de 30 de marzo de 2010 -recurso núm. 12/2008- se recuerda que «(...) conforme una consolidada jurisprudencia de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, el compromiso de creación y mantenimiento de empleo exige que la cobertura de los puestos de trabajo, en base a contratos de trabajo admitidos, se produzca de forma continuada, de modo que no cabe avalar desajustes puntuales, ni compensar las fases de incremento o superación de los puestos de trabajo a los está obligado el beneficiario con los de disminución, que evidencian un incumplimiento de las condiciones establecidas en el acto de otorgamiento».

Finalmente, en similar sentido, también sobre la condición relativa al mantenimiento del empleo, sentencia de 21 de octubre de 2015 -recurso núm. 870/2014 -, y, en un supuesto sustancialmente análogo y muy reciente, sentencia de 3 de mayo de 2016 -recurso núm. 260/2014 -.

La reiteración de supuestos similares y la abundante cita jurisprudencial excusa de mayores consideraciones y se acuerda rechazar este motivo de impugnación».

Y, desde otro punto de vista, en la sentencia de 3 de mayo de 2016- recurso núm. 260/2014 -, sobre la forma de cumplimiento de la obligación de mantenimiento de puestos de trabajo, se recoge la que es doctrina reiterada de esta Sala:

<<Este Tribunal ya ha tenido ocasión de pronunciarse en diferentes sentencias, entre ellas la STS de 30 de noviembre de 2011 (rec. casación 3632/2009) sobre la forma de cumplimiento de la obligación de mantener unos determinados puestos de trabajo a los efectos del reintegro de una subvención, afirmando que «[...] es improcedente acudir al cálculo de la media de trabajadores durante el plazo de vigencia de la subvención para determinar el cumplimiento de la obligación de mantenimiento del empleo. Dados los términos en que la orden de concesión establece esta obligación de la concesionaria y los fines esenciales que justifican el otorgamiento de ayudas como la de autos, no cabe otra interpretación que la sostenida en la Sentencia de instancia equiparando el mantenimiento del empleo con la permanencia ininterrumpida del empleo creado o ya existente».

Como dijimos en la STS de 28 de septiembre de 2009 (RCA 353/2007): «mantenimiento del empleo es un mínimo de trabajadores que hay que mantener en todo momento». Y en la STS de 7 de noviembre de 2007 (RC 151/2006), reiterada en nuestras SSTS de 30 de marzo de 2010 (RCA 12/2008) y 11 de febrero de 2011 (RCA 39/2010), declaramos que «la condición de creación de empleo establecida en el acto de concesión impone el mantenimiento del mismo durante el período de vigencia y dos años más, lo que implica que el empleo debe ser continuado sin posibilidad de compensar las fases de superación con las de disminución; [...] y con cita de la precedente Sentencia de 22 de marzo de 2004 se expresa que «[...] la obligación que comporta no es sólo de creación y sí de mantenimiento de los puestos de trabajo comprometidos y siendo así que las subvenciones como la de que se trataba, tienen como finalidad esencial la de fomento de determinadas actividades empresariales y del empleo consecuente con ellas, es obligado que lo comprometido tenga una cierta continuidad en el tiempo [...] Lo contrario, esto es, pretender tener por cumplida esa obligación de creación de empleo, sin que durante el tiempo de vigencia estuviese constituida la plantilla en la forma comprometida -por más que por lo ya expuesto ni siquiera en este caso pudiera afirmarse de modo concluyente, a tenor de lo actuado, que se cumpliera la condición aceptada-, durante todo el tiempo de la vigencia, es supuesto de incumplimiento que encaja en los términos apreciados por la Administración»>>.

Y, en análogo sentido, la reciente sentencia de 6 de abril de 2017 -recurso núm. 453/2016 -.

Los mismos argumentos son aquí plenamente aplicables para rechazar también este motivo.



DECIMOSÉPTIMO.- En el motivo undécimo sostiene que la determinación del porcentaje de incumplimiento es incorrecta, con vulneración del principio de proporcionalidad en la graduación del incumplimiento al no tener en cuenta que consta acreditado que ANJOCA CANARIAS ha cumplido el 100% de la condición 2.2. relativa a las inversiones a realizar.

Reiteramos, por un lado, lo que se ha dicho en el fundamento de derecho anterior.

Y, por otro lado, acudimos de nuevo a la sentencia de 21 de diciembre de 2016 -recurso núm 660/2015 - en cuando a similar invocación del principio de proporcionalidad:

<<Finalmente, en el motivo tercero, sostiene que se ha infringido el artículo 37.2 de la Ley General de Subvenciones, en conexión con el principio de proporcionalidad.

Dice el "Artículo 37. Causas de reintegro.

"(...)

2. Cuando el cumplimiento por el beneficiario o, en su caso, entidad colaboradora se aproxime de modo significativo al cumplimiento total y se acredite por éstos una actuación inequívocamente tendente a la satisfacción de sus compromisos, la cantidad a reintegrar vendrá determinada por la aplicación de los criterios enunciados en el párrafo n) del apartado 3 del artículo 17 de esta ley o, en su caso, las establecidas en la normativa autonómica reguladora de la subvención".

Pues bien, sin perjuicio de lo indicado en el fundamento anterior, lo cierto es que, al no ser posible acudir al cálculo de medias durante los dos años posteriores a la fecha de finalización del plazo de vigencia, se confirma que la empresa no ha mantenido durante los dos años posteriores a la finalización del plazo de vigencia 2 puestos de trabajo, ya que no ha mantenido sin solución de continuidad los 20 puestos de trabajo, siendo el empleo mantenido a la finalización de dicho plazo (04/05/2010) de 18 puestos de trabajo computables.

Es el artículo 37.4 del Real Decreto 1535/1987, en su momento vigente, el que en el ámbito de los incentivos regionales, fija la aplicación del principio de proporcionalidad.

Dice: "4. Tratándose de condiciones referentes a la creación y mantenimiento de puestos de trabajo, el alcance del incumplimiento se determinará en la proporción en que dicha condición haya quedado incumplida relacionando los puestos no creados o no mantenidos con los que el beneficiario hubiera quedado obligado en la resolución correspondiente. Si el incumplimiento excediera del 50 % o tuviera como resultado la destrucción del empleo se entenderá que es total, debiendo reintegrarse todas las cantidades percibidas".

Nos remitimos a la doctrina sobre la aplicación del principio de proporcionalidad recogida antes en el fundamento de derecho cuarto -al citar la sentencia de 9 de mayo de 2016 -, sin que se aprecie vulneración del mismo por las razones también allí expresadas>>.

En definitiva, rechazamos que el Acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos impugnado, vulnere el principio de proporcionalidad, que se invoca, como fundamento de la pretensión formulada con carácter subsidiario, en el sentido de que debió ponderarse el hecho de que cumplió todas las demás obligaciones impuestas a la empresa beneficiaria de incentivos económicos regionales.

Esta Sala no aprecia -como igualmente se ha dicho en los reiterados precedentes mencionados- que se haya infringido el principio de proporcionalidad, al determinar el grado de incumplimiento, en relación con los puestos de trabajo que se estiman no creados ni mantenidos durante los dos años posteriores a la terminación del periodo de vigencia, ya que no estimamos que se haya apartado de los criterios establecidos en el artículo 37 del Real Decreto 1535/1987, de 11 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley 50/1985, de incentivos regionales para la corrección de los desequilibrios económicos interterritoriales.

DECIMOCTAVO.- Finalmente, en el duodécimo y último motivo, sostiene la inexistencia de obligación de pago de intereses de demora y, en todo caso, la liquidación de intereses de demora habría sido practicada erróneamente.

Respecto a los intereses de demora, se ha aplicado la normativa existente en la materia. Así se recoge en la resolución impugnada -nos remitimos al apartado 4 de la resolución impugnada, transcrito en el fundamento de derecho tercero de esta sentencia y a los preceptos allí mencionados-, siendo innecesaria su reiteración. La pretendida exclusión o reducción de los intereses de demora atendido que el incumplimiento parcial de las condiciones no habría sido por razones imputables a la interesada, con base en su inimputabilidad y la aplicación del artículo 7 de la Ley 50/1985, ya ha sido rechazada en el fundamento de derecho decimosegundo.

La resolución impugnada, desestimatoria de las alegaciones de la recurrente, es clara sin que puedan atenderse las alegaciones de la demanda.



DECIMONOVENO.- Al declararse no haber lugar al recurso, procede imponer a la parte recurrente las costas procesales del recurso (artículo 139.1 de la LJCA).

Al amparo de la facultad prevista en el artículo 139.3 de la citada Ley , se determina que el importe de las costas procesales, por todos los conceptos, no podrá rebasar la cantidad de 4.000 euros más el IVA que corresponda.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido : Desestimar el recurso contencioso-administrativo núm. **2/60/2015** interpuesto por la entidad mercantil **ANJOCA CANARIAS, S.L.** , contra el Acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos de 17 de diciembre de 2014, sobre declaración de incumplimiento de las condiciones establecidas para el disfrute de los incentivos regionales en la Zona de Promoción Económica de las Islas Canarias. Con imposición de las costas a la parte recurrente, con el límite que fijamos en el último fundamento de derecho de esta sentencia.

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

Así se acuerda y firma.

Pedro Jose Yague Gil Eduardo Espin Templado Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat Maria Isabel Perello Domenech Jose Maria del Riego Valledor Angel Ramon Arozamena Laso **PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Excmo. Sr. D. Angel Ramon Arozamena Laso, estando constituida la Sala en Audiencia Pública, de lo que certifico.

FONDO DOCUMENTAL ALCAZAR