



Roj: **SJCA 14/2013 - ECLI:ES:JCA:2013:14**

Id Cendoj: **46250450032013100001**

Órgano: **Juzgado de lo Contencioso Administrativo**

Sede: **Valencia**

Sección: **3**

Fecha: **08/03/2013**

Nº de Recurso: **239/2010**

Nº de Resolución: **103/2013**

Procedimiento: **CONTENCIOSO**

Ponente: **LAURA ALABAU MARTI**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

JUZGADO DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO N°3 DE VALENCIA.

Procedimiento Ordinario 239/10

SENTENCIA N° 103/2013

En Valencia, a 8 de marzo de 2013

Visto por Laura Alabau Martí, Magistrado-Juez del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n° 3 de Valencia, los autos del Procedimiento Ordinario seguido a instancia de D. Cristina Borrás Baldoval, Procurador de los Tribunales, en nombre y representación de D. Ildefonso y D. Lucio, bajo dirección Letrada de D. Jorge A. Pérez Vercher contra el Instituto Valenciano de Finanzas de la Generalitat Valenciana, representada y defendida por la Letrada de la Generalitat Valenciana Dña. Inés Sánchez Lázaro en impugnación de la actuación constitutiva de vía de hecho, por la que se otorgaba y mantenía un aval o garantía contrario a la normativa comunitaria a la Fundación del Valencia Club de Fútbol, procede dictar sentencia en atención a los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Por el citado particular en fecha 30-3-10 se interpuso recurso terminando con la solicitud de que se admitiera el recurso, se recabara el expediente administrativo, se emplazara al demandado, y una vez presentado se le diera traslado y plazo para formular demanda.

Incoado de oficio Incidente por concurrir posible falta de Jurisdicción, oídas las partes por medio de auto de 25-5-10 se declara incompetencia de jurisdicción, por corresponder su conocimiento al Orden jurisdiccional civil.

Interpuesto recurso de reposición por la parte actora, por medio de providencia de 22-6-10 se ordenó su adecuación a lo dispuesto para el recurso de apelación, y verificado por la actora y tramitado el recurso, por medio de Auto de la Sala de lo contencioso-administrativo del TSJCV, Secc. 5ª, de fecha 17-5-11, se estimó el recurso ordenando proseguir la tramitación del recurso, sin perjuicio de considerar, una vez se dispusiese de los datos necesarios, el posible nuevo planteamiento de incompetencia de jurisdicción.

Por recibido el expediente administrativo y emplazadas las partes, a los efectos ordenados por la Sala, formuladas sus alegaciones, por medio de Auto de fecha 9-5-12 se resolvió la competencia del Orden jurisdiccional contencioso-administrativo, ordenando la prosecución de las actuaciones.

SEGUNDO.- Admitido a trámite el recurso, se dio traslado del mismo al demandado, recabándose al propio tiempo el expediente administrativo, que tras ser remitido se puso de manifiesto al actor, y formulada por éste la oportuna demanda, expuestos los hechos y fundamentos de derecho terminó por suplicar se declare contraria a derecho la actuación denunciada constitutiva de vía de hecho, y se ordenara el cese inmediato de dicha actuación hasta la reposición de la situación al momento anterior a la concesión del aval por el Instituto Valenciano de Finanzas a favor de la Fundación del Valencia Club de Fútbol, con expresa imposición de costas a la parte demandada.



Dado traslado de la demanda al demandado, se opuso contestando a la demanda en los términos que obran en su escrito.

TERCERO. Acordado el recibimiento a prueba, fue propuesta y practicada con el resultado que obra en autos, concluyendo a continuación las partes por escrito siendo declarado concluso para sentencia.

CUARTO. En la sustanciación de este procedimiento se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. La competencia de este Juzgado resulta de lo dispuesto en el art. 8.2 LRJCA .

En cuanto al procedimiento, se ha estado a lo dispuesto en los arts. 45 y concordantes para el procedimiento ordinario a tenor de su cuantía.

SEGUNDO. Se interpone recurso contra la vía de hecho consistente en otorgamiento y mantenimiento de un aval o garantía, por parte del Instituto Valenciano de Finanzas a favor de la Fundación del Valencia Club de Fútbol.

Sostiene la parte recurrente que con fecha 26 de agosto de 2009 se otorga por el Instituto Valenciano de Finanzas aval a favor de la Fundación del Valencia Club de Fútbol en garantía del concierto de un crédito con la entidad BANCAJA por importe de 75.000.000 euros; de cuya concesión se da cuenta por el Director General a la Comisión de Inversiones en fecha 5 de noviembre de 2009, firmándose el con o e Instituto Valenciano de Finanzas y la Fundación del Valencia Club de Fútbol el día 3 de diciembre de 2009; que la Comisión de inversiones de 10 de noviembre de 2010 aprobó la ampliación del aval concedido hasta 6.000.000 euros adicionales, siendo firmada la adenda al contrato inicial de 3-12-09, en fecha 18-11-10; y presentado en fecha 1-3-10 por los recurrentes escrito interesando la cesación de la vía de hecho, por Instituto Valenciano de Finanzas en escrito de 8-3-10 se opone a la cesación.

Sostiene la parte actora que la actuación impugnada debiera sujetarse a la normativa europea en materia de ayudas públicas, con cita de la Comunicación de la Comisión relativa a la aplicación de los artículos 87 y 88 del Tratado CE a las ayudas estatales otorgadas en forma de garantía, de 20 de junio de 2008; que considera como ayuda pública la garantía o aval que presta el Instituto Valenciano de Finanzas a la Fundación del Valencia Club de Fútbol, puesto que no se fija retribución alguna en el aval, aunque después se subsana el defecto en el contrato, en realidad nunca ha sido pagada ni exigida la retribución. Sostiene que se concede a la Fundación del Valencia Club de Fútbol con el objeto de concurrir a la adquisición de acciones de la Sociedad Deportiva con carácter preferente al del resto de los accionistas del Valencia CF SAD que no han podido obtener dicha garantía, y se concede a una entidad que carece de ingresos y por tanto de posibilidades de costear el importe del aval; y que pese a que se establece como garantía la prenda sobre las acciones del Valencia CF no se ha formalizado la misma.

La actuación impugnada infringe lo dispuesto en el Tratado de funcionamiento de la Unión Europea, el Reglamento CE 659/1999 del Consejo, de 22 de marzo de 1999 por que se establecen disposiciones de aplicación del artículo 93 del Tratado CE , con sus modificaciones por Reglamento 794/2004 de 21 de abril y 1125/2009 de 23 de noviembre; y Comunicación de la Comisión relativa a la aplicación de los arts. 87 y 88 del Tratado CE (actuales 107 y 108) a las ayudas estatales otorgadas en forma de garantía, de 20 de junio de 2008, la cual establece obligación de obtener autorización previa de la Comisión Europea a la concesión del aval, a través de un procedimiento del que se ha prescindido; obligación de notificar a Comisión la propuesta de ayuda, conforme al art. 108.3 TFUE , y art. 2 Reglamento 659/99 , y art. 3 en cuanto a haber hecho efectivo el aval o ayuda antes de la autorización de la Comisión; la obligación de justificar debidamente la concesión de una ayuda por encima del 80% del préstamo, como se desprende de la Comunicación de la Comisión; la obligación de compensar la garantía con una prima, conforme a la misma Comunicación, apartado 2.1.2°, compensación que aunque se establece en la cláusula quinta nunca se ha cobrado.

Sostiene que vulnera asimismo el Reglamento regulador de las características y condiciones de las operaciones de crédito obrante al expediente, por no encajar la Fundación en el concepto de "proyecto empresarial estratégico prevenido en el art. 12.2; incumple el propio procedimiento de concesión del aval, al no constar la documentación prevenida en el art. 18, ni en la concesión principal ni a su ampliación; le incumple el principio de competencia, por corresponder a la Comisión de Inversiones habiendo sido otorgado por el Director General, salvo que exista delegación, tratándose de una vía de hecho por no concurrir acto previo conforme al art. 93 LRJPAC.

Por la Letrado de la Generalitat Valenciana se opuso alegación de inadmisibilidad, por falta de legitimación de los recurrentes, al considerar que no ostentan interés legítimo ni les corresponde la mera defensa de



la legalidad, en cuanto al fondo, opone a los motivos del recurso que como resulta del expediente, el aval no es gratuito sino retribuido, con comisión periódica anual del 0'5% sobre el capital vivo garantizado, así como a tenor de su cláusula novena, el devengo de interés por el impago de las comisiones y gastos; que es falso que no haya sido formalizada la garantía de prenda sobre las acciones, que consta al documento 4 del expediente administrativo; y que no es cierto que la comisión del aval debiera estar sujeta a comunicación previa a la Comisión con el archivo, como consta al folio 65 del expediente; que el aval concedido no afecta a la competencia, pues se concede a una Fundación sin ánimo de lucro, que promueve intereses generales de carácter deportivo. En cuanto a la normativa autonómica citada, la misma es posterior a la concesión del aval y no resulta de aplicación; negando por último la concurrencia de vía de hecho.

TERCERO. Respecto a la causa de inadmisibilidad planteada, cabe recordar que la legitimación activa es la aptitud para ser demandante en un proceso concreto derivada de la titularidad de una relación jurídica o del interés en la invalidación del acto de que se trate. Constituye uno de los presupuestos esenciales para que la pretensión pueda ser actuada en juicio y para la admisibilidad del proceso.

La vigente Ley Jurisdiccional, siguiendo anteriores pautas jurisprudenciales, reconoce legitimación ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, entre otros, a las personas físicas o jurídicas que ostenten un derecho o interés legítimo - art. 19. 1, a)-.

Por su parte, la doctrina constitucional y jurisprudencia del Tribunal Supremo vienen siendo reiteradas en el sentido de señalar que, pese a su amplitud, el concepto de interés legítimo no puede ser asimilado al de interés en la legalidad, que haría equiparable la legitimación en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo a la legitimación popular, y que sólo en los casos expresamente contemplados en la Ley es admisible, conforme determina el art. 19.1,h) LJCA ; añadiendo que interés legítimo es el derivado de la relación unívoca existente entre el sujeto y el objeto de la pretensión e identificable con cualquier ventaja o utilidad jurídica, o desventaja, derivadas de la reparación pretendida; beneficio o perjuicio el expresado que puede ser actual o futuro, pero que, en todo caso, ha de ser cierto y concreto, sin que baste, por tanto, su mera invocación abstracta y general o la mera posibilidad de su acaecimiento hipotético y futuro (SS TC 60/82 , 257/88 , 97/91 , 143/94 y SS TS 4-2-91 , 8-2-96 , 13-3-97 y 8-2-99 , entre otras).

En el caso que nos ocupa, los recurrentes invocan como título legitimador, su condición de socios del Valencia SAD, que aspiraban a ejercitar el derecho de suscripción preferente de las acciones resultantes excedentes de la primera oferta de la ampliación de capital aprobada mediante Junta General extraordinaria de 7 de junio de 2009, a que no pudieron acceder pues la totalidad fueron suscritas por la Fundación del Valencia Club de Fútbol gracias a la concesión del aval por parte del Instituto Valenciano de Finanzas, que aquí se impugna.

Art. 19 Ley 10/90 de 15 de octubre, del Deporte : 1. Los Clubes, o sus equipos profesionales, que participen en competiciones deportivas oficiales de carácter profesional y ámbito estatal, adoptarán la forma de Sociedad Anónima Deportiva a que se refiere la presente Ley. Dichas Sociedades Anónimas Deportivas quedarán sujetas al régimen general de las Sociedades Anónimas, con las particularidades que se contienen en esta Ley en sus normas de desarrollo.

Procede considerar también, el estricto régimen de adquisición de acciones de dichas Sociedades, art. 22: 1. Toda persona física o jurídica que adquiera o enajene una participación significativa en una Sociedad Anónima Deportiva deberá comunicar, en los términos que se establezcan reglamentariamente al Consejo Superior de Deportes el alcance, plazo y condiciones de la adquisición o enajenación.

Se entenderá por participación significativa en una Sociedad Anónima Deportiva aquella que comprenda acciones u otros valores convertibles en ellas o que puedan dar derecho directa o indirectamente a su adquisición o suscripción de manera que el adquirente pase o deje de tener, junto con los que ya posea, una participación en el capital de la sociedad igual o múltiplo del cinco por ciento.

2. Toda persona física o jurídica que pretenda adquirir acciones de una Sociedad Anónima Deportiva o valores que puedan dar derecho directa o indirectamente a su suscripción o adquisición de manera que, unidos a los que posea, pase a detentar una participación en el total de los derechos de voto de la sociedad igual o superior al veinticinco por ciento, deberá obtener autorización previa del Consejo Superior de Deportes.

El Consejo Superior de Deportes sólo podrá denegar la autorización en los casos señalados en el artículo siguiente. Si no recayere resolución expresa en el plazo de tres meses desde la recepción de la solicitud se entenderá concedida la autorización.

3. A los efectos previstos en este artículo, se considerarán poseídas o adquiridas por una misma persona física o jurídica:



- a) Las acciones u otros valores poseídos o adquiridos por las entidades pertenecientes a su mismo grupo tal y como éste se define en el art. 4 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores ;
- b) Las acciones u otros valores poseídos o adquiridos por las demás personas que actúen en nombre propio pero por cuenta de aquella, de forma concertada o formando con ella una unidad de decisión.

Se entenderá, salvo prueba en contrario, que actúan por cuenta de una persona jurídica o de forma concertada con ella los miembros de su órgano de administración.

En todo caso se tendrá en cuenta tanto la titularidad dominical de las acciones y demás valores como los derechos de voto que se disfruten en virtud de cualquier título.

Pues bien, debido a la remisión general que la regulación prevenida para las Sociedades Anónimas Deportivas en la Ley del Deporte, efectúa a la normativa reguladora de la Sociedad Anónima, procede considerar la legitimación general del socio, prevenida en el art. 117 y 135 de la anterior TRLSA , en relación con el art. 19 LRJCA , resultando que los socios recurrentes ostentan un interés legítimo y general, en su calidad de socios, en cuanto su impugnación viene referida a las garantías prestadas en el marco de una operación de suscripción de acciones, por ampliación de capital que atañe a la formación del órgano social decisorio, en cuanto incide en el control de la Sociedad Deportiva, como apuntaba el art. 22 antes transcrito, y al mismo tiempo ostentan un interés legítimo y directo en cuanto tal actuación les ha impedido la suscripción de la emisión de acciones, al avalar una operación de compra por parte de la Fundación del Valencia Club de Fútbol en detrimento de otros grupos de socios o interesados.

Todo ello sin necesidad de considerar la concurrencia de otro tipo de intereses, a que se refería la parte demandada, de control de la legalidad, pues efectivamente, no se contempla en nuestro Ordenamiento una acción pública en materia de legalidad presupuestaria y de aplicación del gasto, como sí existe en otros ámbitos tales como el urbanístico o medioambiental.

Los recurrentes ostentan pues legitimación.

CUARTO. Establecido lo anterior, procede analizar cuál es el régimen jurídico a que se sujeta la concesión de ayudas públicas, bajo la modalidad conocida en la doctrina como "ayuda impropia", si la presente ha sido concedida a título gratuito, como se sostiene por la actora, u oneroso, como sostiene la Abogacía de la Generalitat Valenciana y si se ha sujetado a dicho régimen, tanto en el marco normativo estatal y autonómico, como comunitario, a efectos de determinar si nos encontramos ante un acto reglado, y conforme a Derecho, o bien ante una vía de hecho, tanto por omisión absoluta del procedimiento establecido, como por quebrantamiento de las reglas de su concesión como sostenían los actores.

En primer lugar procede considerar el marco normativo general establecido para la concesión de avales por el TRLHPV (Texto refundido de la Ley de Hacienda Pública Valenciana), Ley 4/1984, de 13 de junio de 1984, Dleg 26 junio 1991, de Hacienda Pública de la Generalidad Valenciana para la Generalitat Valenciana, arts. 80 y 81 , disponiendo los siguientes requisitos:

- Tomarán la forma de avales de Tesorería, autorizados por el Consell a propuesta del Conseller de Economía y Hacienda.
- Su concesión reportará la comisión que en cada caso se determine. Así resulta también de lo dispuesto en el art. 117 LGP, 47/03, es decir, está vedada la concesión de avales gratuitos.
- La Generalitat podrá prestar garantías, tanto en forma de primero como de segundo aval, a las operaciones de crédito concedidas a instituciones, entidades públicas y empresas públicas o privadas. La concesión de primer aval a las operaciones de crédito de empresas privadas requerirá, en todo caso, comunicación previa a la Comisión de Economía, Presupuestos y Hacienda de las Cortes Valencianas
- El importe total de los avales a prestar en cada ejercicio se fijará en la correspondiente Ley de Presupuestos de la Generalidad.
- El Consell regulará las características de concesión de los avales mediante un Decreto en el que se haga referencia necesariamente al tipo de operaciones que se desea avalar, al tipo de Empresas y al porcentaje que, cada una, podrá obtener como aval, de la cuantía global fijada por la Generalidad para tal fin
- La Intervención facilitará una relación de Empresas financiadas con créditos avalados por la Generalidad con el fin de conocer en cada momento su aplicación.
- Trimestralmente, el Consejero de Economía y Hacienda rendirá cuentas ante la Comisión de Economía, Presupuestos y Hacienda de las Cortes Valencianas, acerca de las incidencias que se hayan producido en la



concesión, redacción y cancelación de avales y, en su caso, de los riesgos efectivos a que la Generalidad deba hacer frente directamente, como consecuencia de su función de avalista

No obstante el régimen de controles establecidos, el aval ha sido prestado por el Instituto Valenciano de Finanzas, Entidad que tal y como se ha establecido ya por sentencia de la Sala, conforme dispone el art. 1 del Decreto 83/94, de 26 de abril, del Consell, por el que se aprueba el Reglamento del Instituto Valenciano de Finanzas, es una entidad de Derecho Público sujeta a la Generalitat Valenciana, que se rige por lo dispuesto en la DA 8ª Ley 7/90 de 28 de diciembre, de Presupuestos de la Generalitat Valenciana para 1991, por el propio Reglamento y por el TRLHPV.

DA 8ª 2 Ley 7/90 2, El Instituto Valenciano de Finanzas se regirá, en cuanto a su organización y funcionamiento, por la presente Disposición Adicional y demás disposiciones que la desarrollen. Asimismo le será de aplicación, lo regulado en la Ley de Hacienda Pública de la Generalitat para las empresas públicas, si bien no le afectará la limitación establecida en el art. 82 de dicha Ley en cuanto restringe la prestación de avales a favor de sociedades mercantiles vinculadas.

Art. 82 TRLHPV (Texto refundido de la Ley de Hacienda Pública Valenciana), Ley 4/1984, de 13 de junio de 1984, Dleg 26 Junio 1991, de Hacienda Pública de la Generalidad Valenciana: Las Entidades autónomas y Empresas públicas podrán prestar avales, dentro del límite máximo fijado con esta finalidad por la Ley de Presupuestos para cada ejercicio, a las Entidades o Empresas siempre que la respectiva norma de creación les autorice a efectuar este tipo de operaciones y se trate de Sociedades mercantiles en cuyo capital participen aquéllas, en los términos de la disposición transitoria tercera. Deberán rendirse cuentas a la Consejería de Economía y Hacienda por cada uno de los avales que concedan.

Pues bien, a tenor de lo dispuesto en el Decreto 83/94, de 26 de abril, del Consell, por el que se aprueba el Reglamento del Instituto Valenciano de Finanzas, que desarrolla la DA 8ª antedicha, el Instituto Valenciano de Finanzas se sujeta en su funcionamiento a dos regímenes jurídicos dispares: público y privado (en su versión aplicable a fecha diciembre 2008, por Decreto 78/2000 de 30 de mayo), como dispone su art. 2: las actividades del Instituto Valenciano de Finanzas se regirán por el ordenamiento jurídico privado, excepto las relacionadas con el ejercicio de las funciones mencionadas en las letras f) y g) del apartado 1 del artículo 4 de este reglamento, que se someterán a las normas del derecho administrativo y a las demás normas que resulten de aplicación al desempeño de tales funciones.

Se sujetan pues propiamente a Derecho administrativo las funciones de control, inspección y disciplina de las Entidades Financieras, y las relativas a mercado de valores, viniendo el resto de funciones atribuidas al Instituto Valenciano de Finanzas sujetas a Derecho Privado.

En el caso que nos ocupa, tratándose de concesión de avales a una Entidad Privada, la misma vendría sujeta al régimen de formación de voluntad de los Órganos propios de la Entidad, sin que deba pues adoptar la forma de un acto administrativo, como proponían los recurrentes.

Todo ello sin perjuicio de reiterar aquí, la competencia del orden contencioso-administrativo que ya se sostuvo mediante auto, ya en la consideración de la naturaleza de la actuación, próxima a la subvención, ya en la disposición de fondos públicos, que en definitiva pugna con la consideración de someter su revisión al Orden Civil.

Desde este punto de vista, y en cuanto al ejercicio de competencias y formación de voluntad de los Órganos del Instituto Valenciano de Finanzas, en su versión aplicable a la fecha en que se produjo la operación, por Decreto 78/00:

Art. 16: 1 La Comisión de inversiones tendrá, además de cuantas otras le delegue el Consejo de Administración, las siguientes facultades:

- a) Determinar las características y condiciones generales de los créditos y avales a conceder por el Instituto.
- b) Aprobar las operaciones de crédito, avales y otras cauciones, sin perjuicio de las reservadas al director general en virtud de delegación de la Comisión, dentro de los límites que se le establezcan.

Art. 22: Sin perjuicio de otras facultades que pueda delegarle la Comisión Ejecutiva, o en su caso, el Consejo de Administración, el director general tendrá las siguientes atribuciones:

- j) Aprobar operaciones de crédito, avales y otras cauciones, dentro de los límites que establezca la Comisión Ejecutiva (de inversiones).

Respecto a los concretos límites de la operación, el art. 25 del Decreto dispone: 1. El Instituto Valenciano de Finanzas podrá prestar avales a entidades y empresas dentro del límite máximo fijado con esta finalidad por la Ley de Presupuestos de la Generalitat Valenciana para cada ejercicio.



2. El Instituto podrá prestar garantías de cualquier tipo sobre operaciones financieras, cualquiera que sea la modalidad de su instrumentación

Y el art. 26: 2. Las obligaciones patrimoniales del Instituto tienen la garantía de la Generalitat Valenciana en los mismos términos que los de su Hacienda.

QUINTO. Establecido el marco normativo de ámbito autonómico aplicable a la operación, examinemos la base fáctica que se desprende del expediente y documental aportada:

Consta al documento 1 del expediente, acta de sesión de la Comisión de Inversiones del Instituto Valenciano de Finanzas, de 11-12-08, constituida por el Presidente, el Secretario, dos vocales y otros dos que delegaron su voto, en cuyo punto 5º consta "línea de avales a prestar por el IVF en el ejercicio 2009: median el establecimiento de una línea de avales por parte del IVF se pretende prestar un servicio adicional para entidades públicas o privadas que pudiera generar un rendimiento para el propio Instituto. Es posible encontrar operaciones de financiación de terceros donde el IVF pueda constatar la existencia de un riesgo inferior al que le atribuyen entidades bancadas y por tanto otorgando la garantía propia a la operación, se mejora el coste de financiación (incluida la comisión del aval) para el tercero y se obtienen unos ingresos para la cuenta de resultados del Instituto. El límite de los importes avalados por el IVF será el que establezca la correspondiente LPGV. Por todo lo anterior la Comisión de Inversiones...aprueba el mantenimiento de una línea de avales durante 2009, cuyo límite será el que a esos efectos establezca la LPGV para el ejercicio 2009 (el proyecto de LPGV establece en su art. 37 un límite máximo de 70 millones de euros de volumen vivo a 31-12-09)...Estos avales se destinarán a garantizar aquellas obligaciones de contenido económico, asumidas por entidades autónomas, corporaciones públicas y empresas públicas y privadas. Asimismo se acuerda facultar al Director General par la concesión de dichos avales de lo cual dará cuenta a la Comisión de Inversiones en la reunión posterior a cada concesión.

Consta al doc. 2 del expediente, Acuerdo del Director General del Instituto Valenciano de Finanzas de fecha 26-8-09, de cuyo tenor se extracta:

"...E.P.B. Director General del IVF...concede un aval a primer requerimiento a la "Fundación Valencia Club de Fútbol" como garantía de una cuenta de crédito a concertar con CAJA DE AHORROS DE VALENCIA, CASTELLÓN Y ALICANTE, BANCAJA, cuyas condiciones principales son:....Importe 75.000.000 euros...Las condiciones del aval serán las que a continuación se detallan: Este aval irá destinado a garantizar la citada operación de crédito, cuyo destino es la adquisición de acciones derivada de la ampliación de capital del Valencia Club de Fútbol...Este aval garantiza, solidariamente con el deudor, las obligaciones de pago...Los incumplimientos de pago derivados de la operación de crédito garantizada obligará al Instituto a abonar a la entidad acreedora las cantidades no satisfechas en el plazo máximo de 20 días...El IVF como garantía al aval prestado ostentará prenda sobre las acciones del Valencia CF SAD que titule el avalado por consecuencia de la suscripción de acciones en la ampliación de capital de dicha sociedad, con el carácter de segunda....en el plazo de siete días la avalada y el IVF establecerán los pactos que regularán las relaciones entre ellos, tanto en relación con la contra garantía al aval prestado como en lo relativo a otros aspectos de funcionamiento..."

Consta al documento 4 diligencia notarial de intervención a la póliza de constitución de prenda, y a los folios 24 a 28 del expediente, la póliza.

Al documento 5 consta acta de sesión de la Comisión de Inversiones de fecha 5-11-09, en que el Director General del Instituto Valenciano de Finanzas da cuenta de la operación, así como de la garantía dada a otra mercantil, en el mismo ejercicio, por importe de 680.000 euros, y cancelación de otros preexistentes.

Al documento 6 consta contrato de aval de fecha 3 de diciembre de 2009, en que se establecen diversas limitaciones a la disposición de las acciones por parte de la Fundación, nombramiento de patronos, etc, la obligación de reembolso de cualquier gasto derivado de la garantía, y el establecimiento de una comisión periódica 0'5% anual del riesgo garantizado, coincidente con los aniversarios de la operación avalada, que deberá hacerse efectivo dentro de los 15 días naturales siguientes a la presentación de la liquidación practicada.

Consta al documento 9 acta de sesión de la Comisión de Inversiones de 10-11-10, en que se aprueba una ampliación del aval concedido en 6.000.000 de euros adicionales, y se autoriza a la Fundación la venta de las acciones, libres de la prenda, y al documento 12, adenda al contrato de 18-11-10, por el que se amplía el capital a 81.000.000 euros.

Al documento 13 consta una carta remitida por el Director General del instituto Valenciano de Finanzas a la DG de Economía Hacienda y Empleo de la Generalitat Valenciana, en que a requerimiento de ésta y en virtud de traslado de denuncia formulada ante la Comisión, manifiesta que "El Instituto Valenciano de Finanzas no ha concedido aval alguno en beneficio del Valencia Club de Fútbol SAD...y que no tiene constancia de aval alguno prestado por la Generalitat Valenciana en beneficio del Valencia Club de Fútbol SAD."



Al documento 14 consta una carta, en respuesta a alguna previa, en que por parte de un Funcionario de la Comisión Europea, DG Competencia, se informa que habiendo recibido denuncia acerca de la concesión de una presunta ayuda estatal a favor de la Sociedad Anónima deportiva Valencia Club de Fútbol, y remitidas observaciones de parte de las autoridades españolas, basándose en la información disponible se ha concluido que no existen fundamentos suficientes para proseguir la investigación, no obstante si el denunciante presentara nuevas pruebas, la Comisión se reserva la posibilidad de revisar la cuestión.

SEXTO. Examinado pues el contenido del expediente en relación a la acreditación fáctica de la actuación impugnada, resulta:

Que el Director General del Instituto Valenciano de Finanzas adoptó en fecha 26-8-09 un Acuerdo de concesión de aval por parte del Instituto Valenciano de Finanzas a favor de la Fundación del Valencia Club de Fútbol, destinado a garantizar la operación de crédito concertada con BANCAJA, por importe de 75.000.000 euros, con el fin de suscribir las acciones derivadas de ampliación de capital por parte del Valencia Club de Fútbol SAD.

Este acuerdo, que formalmente es correcto pues como hemos visto, se incardina en el ámbito de actuación "sujeta a derecho privado" -no deja de ser llamativa la disposición de fondos públicos, conforme a Derecho Privado- y por tanto no requería tramitación de expediente que finalizara mediante resolución administrativa, sino que adopta la forma de Acuerdo emitido por el órgano competente, que en este caso lo es el Director General del instituto Valenciano de Finanzas conforme al art. 22 del Decreto 83/94 .

Sin embargo, a continuación examinaremos en qué medida su concesión pudiera exceder en mucho "los límites establecidos por la Comisión de Inversiones", los límites presupuestarios y legales de concesión de avales, y el marco de la normativa Comunitaria sobre concesión de ayudas públicas, que ha sido obviada en absoluto como veremos, y si tal actuación, pese a revestir ciertas formalidades antes examinadas pudiera incardinarse en el concepto de vía de hecho.

En primer lugar, el art. 82 en relación al 80 del TRLHPV, así como el art. 117 LGP, proscriben la concesión de avales gratuitos, tanto por parte de la Administración, como de sus Organismos Autónomos, resultando de lo actuado, que el aval a la meritada Fundación se concedió con carácter gratuito: del tenor del Acuerdo no resulta retribución ni comisión alguna a cargo de la Fundación, sino que se remite a los pactos que se adopten entre el Instituto Valenciano de Finanzas y la Fundación del Valencia Club de Fútbol, para regular las relaciones entre ellos, en materia de contra garantía y "otros aspectos de funcionamiento, acuerdo que debería adoptarse en el plazo de siete días y que se adopto en 3 de diciembre de 2009, es decir, más de tres meses después.

Abunda en esta consideración la documental aportada por la Administración demandada, consistente en informe de Asesoría Jurídica y Recuperaciones, acompañando facturas y justificantes de transferencia, junto a la contestación de la que resulta que habiendo sido emitidas facturas con periodicidad anual pro concepto de comisión sobre el importe avalado, por montante de 375.000 euros, solo dos han sido abonadas: en fecha 14-10-09 se abona por transferencia el montante de la factura emitida en 25-9-09, y en fecha 18-11-10 se abona el importe de 404.220,55 euros correspondientes a factura de 29-7-10, con sus intereses de demora, sin que conste abonada cantidad adicional alguna.

No consta la adopción de medida alguna en relación a estos impagos: ni ejecución de la garantía constituida: prenda de las acciones: (de hecho, se autorizó a la Fundación, en acta de la Comisión de inversiones de 10-11-10, disponer de las acciones sobre las que supuestamente estaba constituida prenda), ni actuación ejecutiva alguna contra el avalado, el cual al parecer, y según información pública y notoria, por tratarse de declaraciones efectuadas a los medios de comunicación por responsables de la Administración demandada, la entidad avalada no está atendiendo el pago del principal prestado por BANCAJA, sin que conste la adopción de medida alguna, de las prevenidas en los acuerdos de concesión, ni en el documento-contrato anexo.

Asimismo, no consta al expediente, como veremos al examinar el incumplimiento del propio Reglamento que el Instituto Valenciano de Finanzas se dio para regular la concesión de ayudas, que la Fundación haya acreditado contar con capital, ingresos o patrimonio alguno con que hacer frente no solo al pago de comisiones y gastos pactados, sino ni siquiera con qué atender al principal prestado por BANCAJA, y avalado por el Instituto Valenciano de Finanzas.

De donde cabe deducir que la operación no solo era gratuita, sino sujeta a un riesgo que, de haber sido aplicados los límites a la concesión de ayudas por parte de la Generalitat Valenciana prevenidos en el TRLHPV, nunca se hubieran asumido. En segundo lugar, el Acuerdo de concesión del aval en modo alguno se atiene a los límites impuestos por la Comisión de Inversiones, para el ejercicio 2009 recordemos que a tenor del acta de la Comisión de fecha 11-12-08 " el establecimiento de una línea de avales por parte del IVF" tenía por objeto "generar un rendimiento para el propio Instituto" indicando asimismo "Es posible encontrar operaciones de financiación de terceros donde el IVF pueda constatar la existencia de un riesgo inferior al que lo atribuyen



entidades bancarias y por tanto otorgando la garantía propia a la operación, se mejora el coste de financiación (incluida la comisión del aval) para el tercero y se obtienen unos ingresos para la cuenta de resultados del Instituto"

Resulta evidente que la concesión del aval, y su ampliación, por ruinosa, nunca podría generar ingresos al Instituto Valenciano de Finanzas, sino cuantiosas pérdidas, al propio Instituto Valenciano de Finanzas y a la Generalitat Valenciana que responde por él: la Fundación del Valencia Club de Fútbol no solo no ha hecho frente al pago de las comisiones, sino tampoco al principal que se le prestó, y por el que con toda probabilidad deberá responder la avalista; es más, como acertadamente indica la parte actora en sus conclusiones, con absoluta infracción de las reglas del procedimiento prevenidas en el propio Reglamento que la Comisión de Inversiones modifica (se desconoce el texto del anterior) en su sesión de 30-6-10, que si bien no afecta a la primera operación de aval por 75.000.000 sí a la segunda, ampliación por 6.000.000 euros, sin cumplimentar las mínimas exigencias de solvencia (ya que a tenor del acta de la sesión, eximen al IVF de las garantías que sí exige la Generalitat Valenciana límite de garantía el 25% del patrimonio neto: no consta cuál sea el patrimonio ni los ingresos de la beneficiaria Fundación del Valencia Club de Fútbol) pues no solo no consta nada de esto, sino ninguna de las exigencias prevenidas en el art. 18 del Reglamento de que el propio IVF se dota: Memoria, cuentas anuales, certificaciones acreditativas de estar al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones, etc.

De ahí que el Acuerdo de concesión efectuado por el Director General, en modo alguno se avenga a las directrices establecidas por el Órgano competente, la Comisión de Inversiones.

SÉPTIMO. Resta examinar si la actuación realizada constituye vía de hecho, al prescindir en absoluto de las normas de procedimiento de ámbito europeo, según sostiene la actora: la actuación impugnada infringe lo dispuesto en el Tratado de funcionamiento de la Unión Europea, el Reglamento CE 659/1999 del Consejo de 22 de marzo de 1999 por que se establecen disposiciones de aplicación del artículo 93 del Tratado CE, con sus modificaciones por Reglamento 794/2004 de 21 de abril y 1125/2009 de 23 de noviembre; y Comunicación de la Comisión relativa a la aplicación de los arts. 87 y 88 del Tratado CE (actuales 107 y 108) a las ayudas estatales otorgadas en forma de garantía, de 20 de junio de 2008, la cual establece obligación de obtener autorización previa de la Comisión Europea a la concesión del aval, a través de un procedimiento del que se ha prescindido: obligación de notificar a Comisión la propuesta de ayuda, conforme al art. 108.3 TFUE, y art. 2 Reglamento 659/99, y art. 3 en cuanto a haber hecho efectivo el aval o ayuda antes de la autorización de la Comisión; la obligación de justificar debidamente la concesión de una ayuda por encima del 80% del préstamo, como se desprende de la Comunicación de la Comisión; la obligación de compensar la garantía con una prima, conforme a la misma Comunicación, apartado 2.1.2°. Pues bien, los arts. 107 a 109 TFUE disponen:

Art. 107: 1. Salvo que los Tratados dispongan otra cosa, serán incompatibles con el mercado interior, en la medida en que afecten a los intercambios comerciales entre Estados miembros, las ayudas otorgadas por los Estados o mediante fondos estatales, bajo cualquier forma, que falseen o amenacen falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones.

2. Serán compatibles con el mercado interior:

- a) las ayudas de carácter social concedidas a los consumidores individuales, siempre que se otorguen sin discriminaciones basadas en el origen de los productos;
- b) las ayudas destinadas a reparar los perjuicios causados por desastres naturales o por otros acontecimientos de carácter excepcional;
- c) las ayudas concedidas con objeto de favorecer la economía de determinadas regiones de la República Federal de Alemania, afectadas por la división de Alemania, en la medida en que sean necesarias para compensar las desventajas económicas que resultan de tal división. Cinco años después de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, el Consejo podrá adoptar, a propuesta de la Comisión, una decisión por la que se derogue la presente letra.

3. Podrán considerarse compatibles con el mercado interior:

- a) las ayudas destinadas a favorecer el desarrollo económico de regiones en las que el nivel de vida sea anormalmente bajo o en las que exista una grave situación de subempleo, así como el de las regiones contempladas en el art. 349, habida cuenta de su situación estructural, económica y social;
- b) las ayudas para fomentar la realización de un proyecto importante de interés común europeo o destinadas a poner remedio a una grave perturbación en la economía de un Estado miembro;
- c) las ayudas destinadas a facilitar el desarrollo de determinadas actividades o de determinadas regiones económicas, siempre que no alteren las condiciones de los intercambios en forma contraria al interés común.



d) las ayudas destinadas a promover la cultura y la conservación del patrimonio, cuando no alteren las condiciones de los intercambios y de la competencia en la Unión en contra del interés común;

e) las demás categorías de ayudas que determine el Consejo por decisión, tomada a propuesta de la Comisión.

Art. 108: 3. La Comisión será informada de los proyectos dirigidos a conceder o modificar ayudas con la suficiente antelación para poder presentar sus observaciones. Si considerare que un proyecto no es compatible con el mercado interior con arreglo al art. 107, la Comisión iniciará sin demora el procedimiento previsto en el apartado anterior, El Estado miembro interesado no podrá ejecutar las medidas proyectadas antes que en dicho procedimiento haya recaído decisión definitiva.

4. La Comisión podrá adoptar reglamentos relativos a las categorías de ayudas públicas sobre las que el Consejo haya determinado, con arreglo al art. 109, que pueden quedar exentas del procedimiento establecido en el apartado 3 del presente artículo.

Art. 109: El Consejo, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, podrá adoptar los reglamentos apropiados para la aplicación de los arts. 107 y 108 y determinar, en particular, las condiciones para la aplicación del apartado 3 del art. 108 y las categorías de ayudas que quedan excluidas de tal procedimiento.

El Reglamento CE 659/1999 del Consejo, de 22 de marzo de 1999 por que se establecen disposiciones de aplicación del artículo 93 del Tratado CE (actuales arts 107 a 109 TFUE), desarrolla el procedimiento de comunicación a la Comisión, y evaluación por ésta de las ayudas:

Conforme a su art.1: A efectos del presente Reglamento, se entenderá por:

a) "ayuda": toda medida que reúna todos los requisitos establecidos en el apartado 1 del art. 92 del Tratado; es decir, "las ayudas otorgadas por los Estados o mediante fondos estatales, bajo cualquier forma, que falseen o amenacen falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones".

Art. 2: 1. Salvo disposición en contrario de cualesquiera Reglamentos adoptados de conformidad con el art. 94 del Tratado o cualquier otra disposición pertinente del Tratado, el Estado miembro interesado deberá notificar a la Comisión con la suficiente antelación cualquier proyecto de concesión de nueva ayuda. La Comisión comunicará sin demora al Estado miembro de que se trate la recepción de toda notificación.

2. En la notificación, el Estado miembro interesado facilitará toda la información necesaria para que la Comisión pueda adoptar una decisión con arreglo a los arts. 4 y 7 (denominada en lo sucesivo "notificación completa").

Art. 3: La ayuda que deba notificarse a tenor de lo dispuesto en el apartado 1 del art. 2 no podrá llevarse a efecto antes de que la Comisión adopte o deba considerarse que ha adoptado una decisión autorizando dicha ayuda.

Por la Administración demandada se ha sostenido que la operación no viene sujeta al marco normativo comunitario de Defensa de la Competencia, por no tratarse de ayuda prestada a una empresa, sino a una Fundación sin ánimo de lucro.

Pues bien por un lado se ha de considerar que como bien indica la parte actora, sin perjuicio de cuales sean los loables fines fundacionales de interés público de la Fundación del Valencia Club de Fútbol, la garantía o ayuda pública prestada no tenía por objeto de consecución de tales fines, sino la adquisición de acciones derivadas de ampliación de capital del Valencia Club de Fútbol S.A.D., impidiendo su transmisión a otros socios, que hubieran accedido a las mismas por medio del ejercicio del derecho de suscripción preferente, y que el Consejo de Administración del Valencia Club de Fútbol S.A.D., reservó a la Fundación del Valencia Club de Fútbol, la cual nunca pudiera haberlas adquirido (de hecho, ni siquiera hace frente al préstamo otorgado para su adquisición) de no haber avalado el IVF la operación.

El Valencia Club de Fútbol SAD., destinataria final de los fondos por medio de la ampliación de capital, sí es una sociedad mercantil, tal y como se desprende de la equiparación que la Ley del Deporte, 10/90, en sus arts. 19 a 29 , realiza de tales sociedades, con la sociedad anónima general. De ahí que la facilitación de posiciones de poder o dominación dentro de su Consejo de Administración, por parte del Instituto Valenciano de Finanzas a través de la garantía prestada, tenga una indudable trascendencia en el ámbito de la competencia.

En cualquier caso, correspondía a la Comisión conforme a la normativa apuntada, evaluar si la operación estaba sujeta o no a control de competencia, y no al instituto ni a la Generalitat Valenciana, procedimiento del que se ha prescindido en absoluto.

Por la Abogacía de la Generalitat Valenciana se ha sostenido el archivo de una denuncia al respecto por parte de la Comisión: los documentos aportados, transcritos más arriba, hablan por sí mismos.



Por un lado, los denunciados incurrieron en error al denunciar el otorgamiento de avales al Valencia Club de Fútbol S.A.D., en lugar de a la Fundación del Valencia Club de Fútbol, y por otro, por el Director General del Instituto Valenciano de Finanzas, como consta al documento 13 del expediente, en informe remitido a la Comisión a través de la Dirección General de Economía y Hacienda, manifiesta que "El Instituto Valenciano de Finanzas no ha concedido aval alguno en beneficio del Valencia Club de Fútbol SAD ...y que no tiene constancia de aval alguno prestado por la Generalitat Valenciana en beneficio del Valencia Club de Fútbol SAD", afirmación en que, sin llegar a faltar a la verdad, la oculta al no aclarar tan obvio malentendido, y ante tan tajante negativa, la Comisión como consta al documento 14, archiva provisionalmente la investigación hasta en tanto no se le aporte nueva información.

De modo que sí se ha prescindido en absoluto del procedimiento de comunicación a las autoridades europeas.

OCTAVO. El concepto de vía de hecho es una categoría conceptual procedente del Derecho Administrativo francés que desde muy antiguo distingue dos modalidades, según que la Administración haya usado un poder del que legalmente carece (manque de droit) o lo haya hecho sin observar el procedimiento establecido por la norma que le haya atribuido ese poder o potestad (manque de procédure).

Dicha categoría conceptual pasó hace tiempo a nuestro ordenamiento jurídico, especialmente por obra de la doctrina y de la jurisprudencia para comprender en ella tanto la actuación material de las Administraciones Públicas que se producen sin haber adoptado previamente una decisión declarativa que le sirva a fundamento jurídico como aquella otra actividad material de ejecución que excede evidentemente del ámbito al que da cobertura el acto administrativo previo. En este segundo supuesto no se carece de acto previo pero la Administración en su ejecución material excede el título legitimador, extra limitándolo. En definitiva, como se señaló en la STS de 8 de junio de 1993 "La "vía de hecho" o actuación administrativa no respaldada en forma legal por el procedimiento administrativo legitimador de la concreta actuación se produce no sólo cuando no existe acto administrativo de cobertura o éste es radicalmente nulo, sino también cuando el acto no alcanza a cubrir la actuación desproporcionada de la Administración, excedida de los límites que el acto permite."

Es constante la Jurisprudencia que reconoce la concurrencia de vía de hecho en casos, como el presente, en que sin prescindir total y absolutamente de las reglas del procedimiento (de ámbito interno) las irregularidades y sus efectos son tales que permiten considerar excedido el ámbito administrativo de actuación, como se aprecia en el supuesto que nos ocupa, en que se ha prescindido de la consideración de las normas y procedimiento de comunicación a la Comisión, en materia de competencia, y asimismo se ha excedido el ámbito del procedimiento interno, por parte del Director General autor de las actuaciones de concesión del aval y su ampliación por parte de la Comisión de inversiones, al punto de merecer su incardinación en el concepto de vía de hecho.

En este sentido, cabe citar la STS de 15 de octubre de 2008, citada por la TSJ Castilla-La Mancha Sala de lo Contencioso-Administrativo, sec. 2ª, S 28-7-2011, nº 506/2011, rec. 303/2007 En cualquier caso, como ya dijimos más arriba, la anterior doctrina ha sido resueltamente confirmada por la reciente sentencia del Tribunal Supremo de 15 de octubre de 2008, en la que se manifiesta lo siguiente:

"QUINTO.-En relación con la supuesta vía de hecho en que habría incurrido la Administración, el Tribunal de instancia razona en la sentencia recurrida apreciando ésta, al considerar que el sometimiento de información pública del estudio informativo no suple la ausencia de dichos trámites respecto al proyecto de trazado, en cuanto es éste el que contiene la relación concreta e individualizada de los bienes y derechos afectados por el procedimiento expropiatorio urgente, y, al no haberse sometido información pública en su momento el proyecto de trazado que contenía aquella relación individualizada, se habría generado indefensión al expropiado, apreciando, por todo ello, una vía de hecho en la actuación de la Administración.."

Procede pues la estimación del recurso.

NOVENO. En cuanto a las costas, conforme al art. 139 LRJCA en su anterior redacción aplicable a tenor de la fecha de entrada en vigor de la Ley 37/11 de 10 de octubre que la modifica se declaran de oficio.

VISTOS los preceptos citados y demás de aplicación.

FALLO

Que DEBO ESTIMAR Y ESTIMO el recuso contencioso-administrativo interpuesto por D. Cristina Borrás Baldova, Procurador de los Tribunales en nombre y representación de D. Ildefonso y D. Lucio, bajo dirección Letrada de D. Jorge A. Pérez Vercher contra el Instituto Valenciano de Finanzas, de la Generalitat Valenciana, representada y defendida por la Letrada de la Generalitat Valenciana Dña. Inés Sánchez Lázaro, en relación a la actuación administrativa impugnada declarando contraria a derecho la actuación constitutiva de vía de hecho, y se



dispone el cese inmediato de dicha actuación hasta la reposición de la situación al momento anterior a la concesión del aval por el Instituto Valenciano de Finanzas a favor de la Fundación del Valencia Club de Fútbol.

Sin que proceda hacer expresa imposición de las costas procesales causadas.

Contra la presente resolución cabe interponer recurso de apelación en el plazo de QUINCE días en este Juzgado, para su conocimiento por la Sala de Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana.

Así por esta mi Sentencia, lo pronuncio, mando y firmo.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ