

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD
VALENCIANA
SALA DE LO CONTENCIOSO- ADMINISTRATIVO
SECCIÓN CUARTA
SENTENCIA Nº 440 /2018**

En la Ciudad de Valencia, a 8 de noviembre de 2018.

VISTO por la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, compuesta por los Ilmos. Srs. D. MIGUEL ÁNGEL OLARTE MADERO, D. EDILBERTO NARBÓN LAINEZ Y D. MANUEL J. DOMINGO ZABALLOS, Magistrados, se ha pronunciado la presente sentencia

En el recurso contencioso administrativo núm. 87/2017, interpuesto por LA FUNDACIÓN UNIVERSITARIA SAN PABLO- CEU, representada por la procuradora Doña Natalia del Moral Aznar y asistida por el Letrado don Vicente Navarro de Luján, contra la Orden 89/2016, de 22 de diciembre, de la Consellería de Educación, Investigación, Cultura y Deporte, por la que se aprueban las bases reguladoras para la concesión de subvenciones para la adquisición de infraestructuras y equipamiento de I+D+I PO FEDER 2014-2020 Comunitat Valenciana

Ha sido parte en autos como demandada la GENERALIDAD VALENCIANA, representada y dirigida por Abogado de su Servicio Jurídico. Siendo Magistrado ponente el Ilmo. Sr. D. Manuel J.Domingo Zaballos, que expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Interpuesto el recurso, se le dio el debido trámite, y emplazada la parte demandante al objeto de que formalizara demanda, la presentó en tiempo y forma el 30 de mayo de 2017, solicitando se dictara Sentencia por la que se declaren nulas las disposiciones de la Orden 89/2016 de la Consellería de Cultura Investigación y Deporte objeto del recurso en aquellos preceptos que impiden el acceso a las

ayudas en ella previstas a las universidades de titularidad privada de la Comunidad Valenciana.

SEGUNDO.- Dado traslado para contestar la demanda, se declaró la caducidad del trámite, por providencia de 12 de julio de 2017, si bien contestó la demanda el 17 de julio de 2017 conforme permite el art. 128.1 LJCA, la Abogada de la Generalitat Valenciana, oponiéndose a las pretensiones de contrario, instando la desestimación del recurso.

TERCERO.- Por Decreto de 21 -7-2017 se declaró indeterminada la cuantía del recurso.

CUARTO.- Por diligencia de ordenación de 22.9-2017 conforme al artículo 62 LJCA, se abrió trámite para conclusiones; escrito procesal que se presentó por la actora el 20 de octubre de 2017 y por la Abogada de la Generalitat el 14 de noviembre siguiente.

QUINTO.- Por providencia de 30 de julio de 2018 se declaró concluso el pleito y señaló para votación y fallo el 31 de octubre de 2018, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es objeto del recurso la Orden 89/2016, de 22 de diciembre, de la Consellería de Educación, Investigación, Cultura y Deporte, por la que se aprueban las bases reguladoras para la concesión de subvenciones para la adquisición de infraestructuras y equipamiento de I+D+I PO FEDER 2014-2020 Comunitat Valenciana, publicada en el DOGV de 28-12-2016.

Pretendiendo la actora de la Sala dicte sentencia por la que se anulen las previsiones de la misma que impiden el acceso a las ayudas en ella previstas a las universidades de titularidad privada de la Comunidad Valenciana, en el escrito de demanda se invocan los artículos 27 de la Constitución, art. 26 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y

el Pacto de los Derechos Económicos, Sociales y culturales de 1966, y 14 de la Carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea; los cuatro relativos al derecho a la educación y a la libertad de elección. También se invoca el derecho constitucional de igualdad, art. 14, que se afirma conculcado en la Orden impugnada por excluir de las ayudas a las universidades de titularidad privada. Se alega también que el reglamento UE 1303/2013 del Parlamento Europeo se distingue si los hipotéticos beneficiarios de ayudas en materia de innovación o investigación hayan de ser entidades de titularidad pública o privada, de hecho las normas promulgadas en España en esta materia en los últimos años – incluida la comunidad Valenciana, años 2010 a 2014- no han distinguido a la hora de establecer los posibles beneficiarios en el marco del I+D+I entre entes de titularidad pública o privada. La orientación de la normativa autonómica no tienen justificación alguna, y se basa en presupuestos ideológicos que van más allá del marco legal aplicable. La Orden recurrida adolece de nulidad ex art. 47.1,a) de la ley 39/2015 (LPACAP) porque no respeta el derecho de igualdad de trato protegido por la Constitución, art. 14. Además contraviene la normativa de la Unión europea sobre los fondos FEDER , incurriendo en la nulidad prevista en el art. 47.2 de la misma LPACAP. Frente a lo que se afirma en informe obrante en el expte, sí quedaba sujeta la Administración autonómica al art. 107 del Tratado de Funcionamiento, por consiguiente, siendo obligado el trámite de comunicación a las autoridades europeas; ello en conexión con el art. 1.1d) de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre y 15/2007 de Defensa de la Competencia, como del art. 1 de la Ley 20/2013, de Garantía de la Unidad de Mercado.

La Abogada de la Generalitat se ha opuesto a las pretensiones de contrario manteniendo la plena sujeción a derecho de la Orden impugnada y, en particular. Alega que ni se conculcan el derecho a la educación – y de libertad de enseñanza- protegido por la Constitución Española (invoca la sentencia de esta Sala, Sección 5ª, de 31-5-2017, PO 561/2017), ni los tratados o convenio internacionales invocados, como tampoco norma alguna del derecho de la Unión Europea ni el derecho a la igualdad de trato del art. 14 CE (con invocación de la STC 90/1989), al igual que no se ha conculcado la normativa sobre subvenciones públicas, ni, en fin, las normas sobre derecho de la

competencia. Continúa alegando que la Orden se aprobó por el órgano competente previo el procedimiento de rigor- incluidos informes y propuestas preceptivas- atendiendo a prescripciones como las recogidas en la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad financiera , art. 7, de la ley General de Subvenciones, artículos 11 y 13 de la Ley 1/2015, de 6 de febrero , de la Generalitat, de Hacienda Pública , del Sector público instrumental y de Subvenciones, art. 165.

Adelantamos la suerte desestimatoria del recurso.

SEGUNDO.- El discurso dialéctico de la demanda, apartado IV de sus fundamentos de derecho, en el que se apela al derecho a la educación y a la libertad de enseñanza, art. 27 de la Constitución, como a los Convenios indicados, art. 14 de la Carta de Derechos fundamentales de la Unión Europea, no acierta la Sala a conocer en qué medida podrían secundar la tesis de la actora impugnando las bases de subvenciones teniendo por destinatarias las Universidades públicas Valencianas y consorcios públicos de investigación adscritos al Generalitat. Que la apelante afirme se una entidad sin ánimo de lucro – lo que no ha discutido la demandada- incluyendo entre sus actividad la enseñanza superior, no la hace acreedora, *per se* , a ser beneficiaria de ese tipo de ayudas.

Se dice que la nueva orientación de la normativa autonómica no tiene justificación alguna, y que se basa en presupuestos ideológicos que van más allá del marco legal aplicable. Lo que ocurre es que dentro *del marco legal aplicable* - por cierto, en parte pudiéndolo configurar la propia legislación autonómica en lo que competencialmente le correspondan distintas opciones al poder administrativo en el ejercicio de sus facultades discrecionales. Lo hemos afirmado en sentencia de esta misma fecha, conociendo recurso cuyo objeto era la regulación de determinadas ayudas al estudio e interpuesto por Universidad no pública recaída en el PO 286/2017, F.J. quinto , in fine : *<<En efecto, dentro de la legalidad – para ser exactos dentro del respeto a los derechos fundamentales y libertades públicas tutelables por la vía de este procedimiento especial ex art.114 y stes LJCA- frecuentemente le caben a los poderes administrativos distintas opciones, particularmente en el campo de la actividad de fomento, de la que las ayudas al*

estudio son muy típicas manifestaciones>>.

Sobre el trato desigual a los centros de enseñanza privados proscrito por la Constitución, tampoco son de acoger. En línea con lo que alega la defensora de la Administración, venimos recogiendo en distintas y recientes sentencias dictadas por la Sala; así y a propósito de parecida temática a la de autos, se ha pronunciado la sección quinta en la Sentencia 963/2017, de fecha 18 de octubre de 2017, dictada en el recurso 427/2016 (ratificada en otras, como la de 22-12-2017 P573/2016 o la de esta sección 4ª recaída en el PO derechos fundamentales 286/2017), que no se advierte discriminación a la Universidad por el hecho de que las ayudas al estudio hayan de tener como destinatarios alumnos de universidades públicas lo siguiente:

“con respecto al principio de igualdad del artículo 14 de la CE, vinimos a establecer en sentencia 561/17 de 31 de mayo, recaída en recurso 455/16 : (...)

No hay en los preceptos que se consideran infractores del principio de igualdad contenido alguno de un derecho que reconocido a la Universidad pública, como centro, no le sea reconocido a la Universidad privada con esta misma consideración ya que la única mención que los mismos hacen de una y de otra es con referencia a la procedencia del alumnado solicitante de las respectivas becas y esta fue la única razón por la que el Auto de inadmisión parcial del recurso dictado el día 7 de septiembre de 2016, ordenó la continuación del trámite en cuanto a este derecho de la actora, para que cualquier lesión que estimara producida dentro de estos límites, fuera debidamente actuada en el procedimiento.

Pero, como señala la Administración demandada, la única repercusión que puede presumirse como derivada de la norma impugnada es una posible lesión por pérdida de alumnos, lo que ni puede ser incardinado en el principio de igualdad ni siquiera de derecho constitucional alguno, partiendo de la base de lo cuestionable que sería, en sí mismo, considerar este extremo como probado.(...)

No están de sobra en este punto las alegaciones de la Abogada de la Generalitat invocándola jurisprudencia pacífica constitucional y del Tribunal Supremo a propósito del concepto igualdad de trato en sus vertientes material y formal protegido por la Constitución (SSTC 90/1989, 49/182, ,125/1986 SSTS de 15-2-2011, 20-11-1985). Interdicción de las normas en las que se establezca una diferenciación sin justificar, obligada igualdad en al interpretación de la ley para todos.

Las diferencias entre las universidades públicas valencianas y los consorcios públicos de investigación y las demás universidades o centros de investigación (tengan o no ánimo de lucro) son obvias,

comenzando por su fuentes de financiación, de manera que no puede extrañar que el esfuerzo de la entidad pública convocante se canalice en favor de los centros públicos; y más si cabe como alega la defensa de la Generalitat a la vista de las prescripciones de la Ley Orgánica 2/2012 , de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria, artículo 7, si es notoria la escasez de medios y el déficit endémico que arrastran las universidades públicas valencianas.

TERCERO.- Los reproches que aparecen en la demanda apelando a la normativa europea, así como al derecho de la competencia han sido abordados también recientemente por la Sala, dando respuesta a muy similares alegaciones desarrolladas por demandantes con ocasión de litigios de muy parecidos al de autos en sus presupuestos fácticos y jurídicos. Así en la sentencia de 18 de octubre de 2018 (PO 49/2017), reiterando lo que ya había asentado la Sala, sección 5º, en otras anteriores (como la de 22-12-2017 , PO 573/2016), tenemos significado (F.J.tercero):

<<OCTAVO.- La parte actora alega, como tercer motivo de impugnación la omisión "intencionada" de la comunicación prevista en el Decreto 147/2007, del Consell, por el que se regula el procedimiento de comunicación a la Comisión Europea de los proyectos de la generalitat dirigidos a establecer, conceder o modificar ayudas públicas, y consecuencia infracción del artículo 107 del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea . En efecto, se alega que según el informe de la Dirección general de Universidad de la Generalitat se señala la no sujeción del proyecto al artículo 107 del Tratado de funcionamiento, por lo que no es precisa la comunicación prevista en el Decreto 147/2007 . Sin embargo, la parte actora postula que las ayudas públicas, en que las becas consisten, vulnera lo dispuesto en el artículo 107 del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea , por lo que la Generalitat venía obligada a hacer la Comunicación prevista en el artículo 3 del decreto 157/2007 del Consell .

Pues bien, el argumento no puede prosperar, y ello por los argumentos que se exponen a continuación. En efecto, El artículo 107.1 TFUE citado preceptúa:

«[S]erán 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».

Como puede leerse, por ejemplo, en los apartados 19 y 20 de la sentencia de

9 de octubre de 2014, Ministerio de Defensa y Navantia C-522/13 , ECLI: EU: C: 2014:2262 , conforme a la jurisprudencia del TJUE:

«19. [L]a calificación de «ayuda» en el sentido del artículo 107 TFUE , apartado 1, exige que se cumplan todos los requisitos previstos en dicha disposición (sentencia Comisión/Deutsche Post, C-399/08 P, EU: C: 2010:481 , apartado 38 y jurisprudencia citada).

20. Así pues, para que una medida nacional pueda calificarse de ayuda de Estado en el sentido del artículo 107 TFUE , apartado 1, en primer lugar, debe tratarse de una intervención del Estado o mediante fondos estatales; en segundo lugar, esta intervención debe poder afectar a los intercambios comerciales entre los Estados miembros; en tercer lugar, debe conferir una ventaja selectiva a su beneficiario, y, en cuarto lugar, es preciso que falsee o amenace falsear la competencia (sentencia Comisión/Deutsche Post , EU:C:2010:481 , apartado 39 y jurisprudencia citada).

En la reciente sentencia de 4 de junio de 2015, Kernkraftwerke Lippe-Ems , C-5/14 , ECLI: EU: C: 2015:354 , el TJUE recuerda que:

«71. Según reiterada jurisprudencia, el concepto de ayuda es más general que el de subvención, ya que comprende no sólo las prestaciones positivas, como las propias subvenciones, sino también las intervenciones de Estado que, bajo formas diversas, alivian las cargas que normalmente recaen sobre el presupuesto de una empresa y que, por ello, sin ser subvenciones, en el sentido estricto del término, son de la misma naturaleza y tienen efectos idénticos (véanse las sentencias Adria-Wien Pipeline y Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke , C-143/99 , EU:C:2001:598 , apartado 38; Paint Graphos y otros , C-78/08 a C- 80/08 , EU:C:2011:550 , apartado 45, y Comisión y España/Government of Gibraltar y Reino Unido , C-106/09 P y C- 107/09 P, EU:C:2011:732 , apartado 71).

72. De ello se deduce que una medida mediante la cual las autoridades públicas conceden a determinadas empresas un trato fiscal ventajoso que, aunque no implique una transferencia de fondos estatales coloque a los beneficiarios en una situación financiera más favorable que a los restantes contribuyentes, constituye una ayuda de Estado en el sentido del apartado 1 del artículo 107 TFUE (sentencias Banco Exterior de España , C-387/92 , EU:C:1994:100 , apartado 14, y Paint Graphos y otros , C-78/08 a C-80/08 , EU:C:2011:550 , apartado 46 y jurisprudencia citada).

73. El artículo 107 TFUE , apartado 1, prohíbe las ayudas «[que favorezcan] a determinadas empresas o producciones», es decir, las ayudas selectivas.

74. En lo que atañe a la apreciación del criterio de selectividad, resulta de reiterada jurisprudencia que el artículo 107 TFUE , apartado 1, requiere que se determine si, en el marco de un régimen jurídico concreto, una medida nacional puede favorecer a determinadas empresas o producciones en relación con otras que

se encuentren en una situación fáctica y jurídica comparable, habida cuenta del objetivo perseguido por el referido régimen (sentencias *Adria-Wien Pipeline y Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke*, C-143/99, EU:C:2001:598, apartado 41; *British Aggregates/Comisión*, C-487/06 P, EU:C:2008:757, apartado 82, y *Comisión y España/Government of Gibraltar y Reino Unido*, C-106/09 P y C-107/09 P, EU:C:2011:732, apartado 75).

75. Es preciso recordar además que el artículo 107 TFUE, apartado 1, no distingue según las causas o los objetivos de las intervenciones estatales, sino que define a éstas en función de sus efectos y, por lo tanto, independientemente de las técnicas utilizadas (sentencias *British Aggregates/Comisión*, C-487/06 P, EU:C:2008:757, apartados 85 y 89, y *Comisión y España/Government of Gibraltar y Reino Unido*, C-106/09 P y C-107/09 P, EU:C:2011:732, apartado 87)».

Esta alegación debe igualmente ser rechazada, como antes se indicaba, porque no estamos en presencia de una actuación de naturaleza comercial o cualquiera otra que pueda suponer la sujeción a esta normativa.

El artículo 107 del Tratado de Funcionamiento de la UE, no guarda relación alguna con una relación jurídica como la de autos en la que no se está concediendo ayuda a alguna empresa, ni siquiera institución pública o privada, puesto que como ya pusimos de relieve en la sentencia citada anteriormente, no se trata de una consignación presupuestaria que la Administración conceda a las Universidades, para que la misma proceda en la forma que estime conveniente, sino de cantidades que la propia Administración concede, en forma directa, a los alumnos, titulares del derecho y destinatarios de la prestación económica dispuesta por la Administración, y menos aún se acredita que se falsee o amenace falsear la competencia.

El motivo se desestima>>

Nada en la demanda se advierte sobre el particular que nos conduzca a cambiar de criterio.

CUARTO.- Aunque no se exprese literalmente así, en la demanda parece apelarse al principio de protección de la confianza legítima (apartado V de los fundamentos de derecho), al decirse que las normas promulgadas en España en esta materia en los últimos años – incluida la comunidad Valenciana, años 2010 a 2014- no han distinguido a la hora de establecer los posibles beneficiarios en el marco del I+D+I entre entes de titularidad pública o privada, y se cita la Orden PRE 660/2008, de 7 de marzo, por la que se establecen las bases reguladoras para la concesión de ayudas a la ciencia y tecnología en la línea instrumental de actuación de infraestructuras científico-tecnológicas, del Plan

Nacional de Investigación Científica, Desarrollo e Innovación Tecnológica, 2008- 2011, Orden que dio el mismo trato a las universidades privadas sin ánimo de lucro que a las públicas, de ahí que se anulara ora Orden PRE 1083/2008, de 11 de abril en cuanto había excluido a las universidades privadas como beneficiarias, SAN de 10-6-2010, confirmada por STS de 16-4-2012 (P.4349/2010).

Es sabido que el principio de protección de la confianza legítima se ha recibido en nuestro Derecho procedente de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sentencias de 16 de Mayo de 1979, caso Tomadini, de 12 de Abril de 1984, Unifrex, y de 16 de Noviembre de 1977, 29 de Enero de 1985 y 12 de Mayo de 1998, doctrina preclara), quedando positivizado en el art. 3.1 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, de 26 de Noviembre de 1992, (redacción dada por la Ley 4/1999). Principio, como describe la doctrina, de salvaguarda de los derechos del administrado que ha acomodado su actuar a como legítimamente podía suponerse que iba a actuar la Administración, teniendo en cuenta los precedentes, trabajos preparatorios e informaciones existentes al respecto, y que la doctrina del Tribunal Supremo cuida en subrayar su conexión con el de buena fe (así, por ejemplo, STS de 18 de Septiembre de 1997, R.J. 1997/6917)."

Sentencias posteriores fueron perfilando en España la configuración de dicho principio, explicando el Tribunal Supremo que no avala en ningún caso actuaciones claramente contrarias a Derecho o prohibición de modificar normas por el Legislador o por la Administración, de manera que haya de mantenerse indefinidamente una normativa más favorable para particulares o empresas, ni garantiza las simples expectativas de beneficio deducibles de la Legislación administrativa (o tributaria), vigente en un momento dado (STS de 19-4-2010). Se protege, sin embargo, a los interesados frente a cambios bruscos e imprevisibles de criterio y a veces frente a cambios normativos cuando se ha generado con anterioridad la convicción razonable, no meramente psicológica, asentada en signos suficientemente concluyentes, de mantenimiento de la estabilidad (SSTS de 23-2-2000 y 26-10-2007).

De lege data, primeramente el mandato del artículo 3.1 de la ley 30/1992, de 26 de noviembre, (LRJAP-PAC) redacción por ley 4/1999, de 13 de enero, concretó que las Administraciones Públicas "deberán

respetar en su actuación los principios de buena fe y de confianza legítima”. Actualmente, artículo 3.1, letra e) de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

Proyectada la norma y particularmente la configuración por la jurisprudencia del instituto de protección de la confianza legítima al caso de autos, ha de rechazarse que el cambio operado constituya per se contravención del derecho fundamental, a la igualdad de trato recogido en el artículo 14 de nuestra Norma Fundamental. Y tampoco es razón que secunde la tesis de la demandante el hecho de que otra Administración Pública –en el caso de referencia, la Administración del Estado haya igualado a los destinatarios de determinado tipo de ayuda a la investigación a universidades privadas sin ánimo de lucro con las universidades públicas. La sentencia del T.S. de 16-4-2012 (R 4349/2010) vino a confirmar la dictada por la Audiencia Nacional (por recurso de la aquí demandante) anulatoria parcial de la Orden PRE/1083/2008, de 11 de abril , por no haber respetado el principio de inderogabilidad singular de los reglamentos, no por otra razón que viniera a secundar la tesis en este litigio defendida por la Fundación CEU San Pablo.

Sobre que la Generalitat hubiera alterado sin fundamento el contenido de otras bases rectoras del mismo tipo de ayudas, antes abiertas a las universidades privadas, ya nos hemos manifestado en el F.J. segundo , no encontrando contravención del ordenamiento jurídico con tal proceder.

QUINTO .- En materia de costas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.1 LJCA, se imponen a la parte actora. Activando la facultad recogida en el número 4 del mismo precepto se limita su cuantía a la cantidad de 2.500 € por todos los conceptos.

Vistos los preceptos legales citados, concordantes y de general aplicación. En el nombre del Rey y por la autoridad que nos confiere la Constitución:

FALLAMOS

1.- DESESTIMAR el recurso interpuesto por LA FUNDACIÓN

UNIVERSITARIA SAN PABLO- CEU, contra la Orden 89/2016, de 22 de diciembre, de la Consellería de Educación, Investigación, Cultura y Deporte, por la que se aprueban las bases reguladoras para la concesión de subvenciones para la adquisición de infraestructuras y equipamiento de I+D+I PO FEDER 2014-2020 Comunitat Valenciana

2.- Se imponen las costas a la parte actora, si bien se limita su cuantía a 2500 € .

A su tiempo y con certificación literal de la presente, devuélvase el expediente administrativo al centro de su procedencia.

Esta Sentencia no es firme y contra ella cabe, conforme a lo establecido en los artículos 86 y siguientes de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, recurso de casación ante la Sala 3ª del Tribunal Supremo o, en su caso, ante la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana. Dicho recurso deberá prepararse ante esta Sección en el plazo de treinta días a contar desde el siguiente al de su notificación, debiendo tenerse en cuenta respecto del escrito de preparación de los que se planteen ante la Sala 3ª del Tribunal Supremo los criterios orientadores previstos en el Apartado III del Acuerdo de 20 de abril de 2016 de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, sobre la extensión máxima y otras condiciones extrínsecas de los escritos procesales referidos al Recurso de Casación ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo (BOE número 162 de 6 de julio de 2016).

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