



Roj: **STSJ AND 3319/2019 - ECLI: ES:TSJAND:2019:3319**

Id Cendoj: **29067330022019100064**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Málaga**

Sección: **2**

Fecha: **30/01/2019**

Nº de Recurso: **1968/2018**

Nº de Resolución: **289/2019**

Procedimiento: **Recurso de apelación. Contencioso**

Ponente: **SANTIAGO MACHO MACHO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

15

SENTENCIA N° 289/2019

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA

SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DE MÁLAGA

R. APELACIÓN N° 1968/2018

ILUSTRÍSIMOS SEÑORES:

PRESIDENTE

D. FERNANDO DE LA TORRE DEZA

MAGISTRADOS

D. SANTIAGO MACHO MACHO

D^a BELÉN SÁNCHEZ VALLEJO

Sección Funcional 2^a

En la ciudad de **Málaga**, a 30 de enero de 2019.

Esta Sala ha visto el presente el recurso de apelación núm. 1968/2018, interpuesto por el Letrado Sr. De Linares Galindo, en nombre y defensa del AYUNTAMIENTO DE ATAJATE, contra la sentencia n° 168/18 de 4 de mayo, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n° SIETE de **MÁLAGA**, en el PA 435/17, compareciendo como parte apelada la **DIPUTACIÓN DE MALAGA**, representada y defendida por Letrada de su Asesoría Jurídica.

Ha sido Magistrado ponente el Ilmo. Sr. D. SANTIAGO MACHO MACHO, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n° SIETE de **Málaga** dictó sentencia en el encabezamiento reseñada desestimando el recurso interpuesto por la parte ahora apelante contra el acuerdo adoptado por la Junta de Gobierno de la **Diputación Provincial de Málaga** en sesión celebrada el 28 de junio de 2017, punto n°. 0.1.5, que acordó el reintegro de la subvención denominada "Dotación Gimnasio Municipal", que había sido concedida el 15 de diciembre de 2015 por importe de 14.998,36 euros.

SEGUNDO .- Contra dicho auto es interpuesto y sustanciado recurso de apelación con escrito del 24/05/2018 en la que determine pidiendo sentencia estimando el recurso contencioso administrativo interpuesto, anulando la resolución del recurso de reposición que puso fin a la vía administrativa en fecha 28 de junio de 2017, perteneciente al expediente de reintegro incoado el 05 de abril 2017 por el que se solicita al Ayuntamiento de Atajate el reintegro de la subvención concedida en diciembre de 2015.



TERCERO .- La parte apelada presentó escrito el 25/06/18 de impugnación al recurso de apelación presentado, confirmando íntegramente la Sentencia dictada, con expresa condena en costas a la apelante en esta instancia.

CUARTO .- Elevados los autos y el expediente administrativo, en unión de los escritos presentados, a esta Sala de lo Contencioso-Administrativo y personadas las partes en legal forma sin que ninguna de ellas solicitara vista, conclusiones o prueba, se señaló para votación y fallo, que tuvo lugar el pasado día veintitrés.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº SIETE de **Málaga** dictó la sentencia nº 168/18 de 4 de mayo, en el PA 435/17, que acuerda desestimar el recurso interpuesto por la parte ahora apelante contra.

SEGUNDO .-Frente a dicho auto la parte apelante alega, en síntesis:

- Con carácter previo y con el fin de dejar claros los hechos acaecidos anteriores al procedimiento y en desarrollo del mismo, hacemos un breve resumen de los mismos para facilitar a la Sala la comprensión de todas y cada una de las actuaciones realizadas y que constan de manera clara en los autos.

Como consta en el expediente administrativo los hechos son:

Mediante acuerdo de Junta de Gobierno de 15 de diciembre de 2015 de la Excm. **Diputación de Málaga** se acuerda conceder al Ayuntamiento de Atajate "una subvención directa, con abono anticipado, por importe de 14.999,96 € con la finalidad de Dotación Gimnasio Municipal".

En fecha 07 de octubre de 2016, dentro del plazo establecido para la justificación de la misma, se presenta memoria Justificativa por el Ayuntamiento de Atajate, en cumplimiento de sus obligaciones, acompañada la misma de factura justificativa del gasto realizado en maquinaria y elementos deportivos adquiridos para el gimnasio.

Por acuerdo de Junta de Gobierno de 05 de abril de 2017 se decide por la Excm. **Diputación de Málaga** el inicio del procedimiento de reintegro, por entender que, no se ha cumplido con la finalidad para la que fue concedida la subvención.

En fecha 18 de abril de 2017 se presentan alegaciones por mi representada al no entender con forme a derecho el mencionado acuerdo de reintegro.

-Impugnación de los Fundamentos de Derecho Segundo, Tercero y Cuarto de la sentencia por entender esta parte que, se produce la infracción del artículo 37.1 b) de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, así como del artículo 35 de la Ordenanza General de Subvenciones a otorgar por la **Diputación de Málaga** (Pleno de diciembre 2004 y modificación de 31 de julio de 2007) y ello, por entender que no concurren los supuestos que se recogen en los mismos para que se pueda proceder por la **Diputación de Málaga** al inicio de procedimiento de reintegro de la subvención concedida

Entiende la sentencia, en el apartado cuarto de los Fundamentos de Derecho que procede desestimar el recurso interpuesto por que, "es patente y sustancial la diferencia entre el material relacionado en la memoria descriptiva con la solicitud de la subvención y, el efectivamente adquirido".

La sentencia dictada en primera instancia se basa en el convencimiento de que esta parte no ha dado cumplimiento a la finalidad establecida en las bases de la concesión de subvención otorgada.

En la memoria presentada por el Ayuntamiento para optar a la concesión de la subvención se presenta un presupuesto con la intención de adquirir los siguiente elemento para el gimnasio: (...)

Siendo que en la factura aportada junto a la Memoria justificativa, se aprecia que lo adquirido es: (...)

Evidentemente se pueden deducir dos cosas:

1º.-que no son idénticos los elementos contenidos en una memoria que en otra.

2º.-Que efectivamente ese ha adquirido material para el gimnasio municipal, más acordes con las necesidades que requieren la edad de la población y el espacio final del gimnasio.

Todo el expediente se infiere claramente el objeto del contrato (DOTACIÓN GIMNASIO MUNICIPAL). Véase páginas 2,815

Igualmente que en la página 14 hasta la 28 del expediente administrativo parece reflejado otro proyecto que es la finalización de la construcción del gimnasio. Pretende la administración obtener maquinaria sin gimnasio ni gimnasio cerrado por falta de maquinaria Se trata de un municipio de no más de 180 habitantes, siendo que, mayoría de personas que acuden al gimnasio, lo hacen para realizar actividades colectivas y coordinadas



por el monitor, lo que de haberse adquirido la maquinaria inicialmente prevista por el Ayuntamiento no hubiera podido ser pues, en atención al espacio que ocupan las mismas y a las dimensiones del gimnasio, evidentemente, resultaría imposible.

Ante una normativa que debe interpretarse en sentido estricto al ser limitativa de derechos y de gravamen para esta administración cual es la tipificación por la que se nos hace reintegrar íntegramente la subvención: Artículo 37.1.b) LGS :

b) Incumplimiento total o parcial del objetivo, de la actividad, del proyecto o la no adopción del comportamiento que fundamentan la concesión de la subvención.

La Administración no tuvo en mente una opción distinta de la indicada, y en ningún se desvía de la finalidad de la subvención concedida que, recordemos, es la "Dotación del gimnasio municipal", expresa mente, y como así se dispone en la memoria presentada para optar a la subvención, la finalidad es " Disponer de un local habilitado como, gimnasio, lugar de práctica deportiva a todos los ciudadanos (y visitantes) en general, con el consiguiente beneficio que supone para la salud y el bienestar de la población rural, tanto de las personas mayores, como jóvenes y pequeños, en su mayoría carente de medios para el acceso al la misma" lo que concurre si n lugar a dudas en el presente caso.

Pero es más, como expresión de una clara evidencia de cumplimiento de la finalidad de la subvención, ya en la memoria de justificación de la misma, se indica "Con la adquisición de la maquinaria para dotar el gimnasio, GRACIAS A LA SUBVENCIÓN CONCEDIDA POR LA EXC M A. **DIPUTACIÓN DE MÁLAGA** para tal fin, se ha conseguido abrir las instalaciones del nuevo gimnasio y ofrecerlo a los vecinos del municipio debidamente equipado INSTALACIONES QUE EN LA ACTUALIDAD ESTÁN SIENDO UTILIZADAS POR LA TOTALIDAD DE LA POBLACIÓN (tanto niños y niñas, como jóvenes y adultos en general), con el apoyo, para su aprovechamiento óptimo, del monitor deportivo contratado por el

Ayuntamiento"

Igualmente, si acudimos a lo dispuesto en el artículo 3 "Gastos subvencionables" de la Ordenanza General de Subvenciones de la **Diputación Provincial**, podemos concluir que, los gastos debidamente justificados por el Ayuntamiento, estarían claramente incluidos en los mismos por cuanto dispone que

"Se consideran gastos subvencionables aquellos que de manera indubitada responden a la naturaleza de la actividad subvencionada, y se realicen en el plazo establecido por la convocatoria de la subvención".

Es decir que, gastos como los recogidos en la factura justificativa de gastos proveniente del CORTE INGLÉS, (step profesional, colchonetas, cintas de correr, bicicletas indoor, elíptica, bancos regulables...) son perfectamente subsumibles dentro de la finalidad con la que se otorga subvención. Manifestar lo contrario, como reza la sentencia, no puede sino ser objeto de recurso por esta parte.

Lo innegable de este supuesto es que:

1.En primer lugar, debemos partir de que mi representada ha cumplido fielmente con los requisitos establecidos en las bases de la subvención, lo que se evidencia de forma clara y patente en los siguientes hechos

a.El dinero de la subvención, ha sido destinado íntegramente a adquirir elementos necesarios para dotar el gimnasio del municipio, lo que constituía la finalidad de la misma, siendo que, actual mente, el mismo se encuentra abierto y siendo utilizado por los vecinos y vecinas del pueblo.

b.La justificación de la subvención se realiza, tal y como se reconoce expresamente de contrario y en la sentencia recurrida, dentro del plazo establecido y de la forma indicada en las bases.

2.En segundo lugar, la **Diputación** conoce los recursos económicos de los que dispone el municipio, actuando de forma contraria a los fines que debe tener u actuación de "ayuda" a los pequeños municipios

3.Es palmaria la actitud de buena fe y de efectivo cumplimiento por parte del Ayuntamiento de Atajate.

4.De ese cambio de unos elementos por otros para cumplir la dotación del gimnasio municipal, la **Diputación** considera que hay que devolver íntegramente la cuantía, a pesar de llamar, con un eufemismo rayano en lo irónico, reintegración parcial.

cuando establece que "No es suficiente al respecto establecer que la normativa reguladora de la

subvención no se cumple en todos sus términos en los casos analizados; pues ello, sin más y a falta de una mayor concreción no puede amparar el reintegro de la subvención", máxime cuando a(lemás consta el gasto en productos con idéntica finalidad a los expuestos en la memoria.

Tras lo expuesto, entendemos que el juzgado a quo incurre en errónea valoración de la prueba respecto a la justificación de los gastos- Los gastos justificados responden de manera indubitada a la naturaleza de la actividad subvencionada, al objeto, a la cuantía, al plazo, sin haberse causado perjuicio en los intereses generales ni de la administración.

Podemos analizar aquí la página 9 del EA:

La idea de puesta en funcionamiento del Gimnasio Municipal, concibe la consecución de los siguientes objetivos/evaluación de resultados a obtener:

Ofrecer un servicio de gimnasio inexistente hasta el momento, a todos los habitantes del municipio, sin depender de los servicios que ofrecen otras localidades vecinas a sus habitantes y, a los que, en caso de necesidad del mismo, los vecinos de Atajate han de acudir.

Disponer de un local habilitado como gimnasio, lugar de práctica deportiva a todos los ciudadanos (y visitantes) en general, con el consiguiente beneficio para la salud y bien estar de la población rural, en su mayoría carente de medios para el acceso a la misma.

Se ha cumplido con la subvención obtenida y la aplicación que se ha hecho de la misma.

-Infracción del art. 37.2 de la Ley General de Subvenciones, y por ende, del artículo 17.3.n) del mismo texto legal, al establecerse en la sentencia aquí recurrida la conformidad a derecho de la resolución dictada por la **Diputación Provincial** en la que se acuerda el reintegro total de la subvención sin tener en cuenta los principios de proporcionalidad, equidad y confianza legítima.

No solo los bienes en los que invirtió el Ayuntamiento de Atajate la subvención concedida se comprendían dentro de la categoría de productos deportivos aptos para el cumplimiento de la finalidad establecida (no es que se pidiera la subvención para material de gimnasio y se hayan adquirido ordenadores y esas), sino que esos mismos productos son precisamente, los que han permitido que a fecha de hoy, en el término municipal de Atajate, puedan disfrutar los vecinos de un local con las instalaciones y el espacio necesario para realizar sus actividades deportivas, fin que parece haber sido por alto tanto la Administración demandada como el juzgador a quo.

No solo consideramos desproporcionada la exigencia reintegro total del importe de la subvención, sino que, entendemos que se ha producido una clara vulneración del principio de proporcionalidad recogido en nuestro ordenamiento jurídico y ampliamente reconocido en la jurisprudencia.

Diversas sentencias como las que a continuación expondremos, recogen el principio de proporcionalidad que debe ser tenido en cuenta en supuestos como el aquí expuesto.

La Sentencia de la Audiencia Nacional de 08 de octubre de 2008, Numroj SAN 3894/2008. En esta línea también podemos mencionar la reciente Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Isla de Canarias sede en Santa Cruz de Tenerife de 24 de noviembre de 2017 n.º 449/2017. TSJ de Andalucía (Granada) n.º 311/2014, rec. 1059/2008.

TERCERO.- A la anterior argumentación opone la parte apelada, en síntesis:

- Acerca de la pretendida aplicación correcta de las cantidades los fines que motivaron su concesión.

Nos oponemos a las argumentaciones vertidas, pues ha quedado demostrado que el Ayuntamiento de Atajate no ha cumplido con sus obligaciones materiales, pues el número y características de los elementos instalados han sido total y completamente distintos a los recogidos en la Memoria inicial y así lo expresa la sentencia en su fundamento cuarto:

(...) "es patente y sustancial la diferencia entre el material relacionado en la memoria descriptiva con la solicitud de la subvención, y el efectivamente adquirido".

A más abundamiento, el propio Ayuntamiento reconoce de forma expresa que "no son idénticos los elementos contenidos en una memoria y en otra" y que "adquirieron material más acorde a las necesidades de la edad de la población y el espacio final del gimnasio", pero es evidente que estos elementos no son los que quedan reflejados en la memoria inicial, y por tanto, no son los elementos que constituye el objeto de la subvención otorgada.

Es reiterada la jurisprudencia que reconoce el carácter modal de las subvenciones, pudiendo destacar entre otras, la Sentencia del Tribunal Supremo n.º 2731/2016, (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 3ª) de 22 de diciembre, dictada en el recurso 762/2015).



Estos principios vienen recogidos en los artículos 2.1.b) y 14.1 a) de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones .

- Acerca de la pretendida infracción del artículo 37.2 de la Ley eneral de Subvenciones y artículo 17.3 n) del mismo texto legal .

El artículo 37.2 de la Ley General de Subvenciones dispone:

" 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 . "

Es en el artículo 17 de la misma Ley donde se regula el contenido de las bases reguladoras de las subvenciones, incluyendo entre los contenidos de las bases:

" n) Criterios de graduación de los posibles incumplimientos de condiciones impuestas con motivo de la concesión de las subvenciones. Estos criterios resultarán de aplicación para determinar la cantidad que finalmente haya de percibir el beneficiario o, en su caso, el importe a reintegrar, y deberán responder al principio de proporcionalidad . "

Pues bien, en el Acuerdo de Concesión de subvención al Ayuntamiento de Atajate con destino a "Dotación gimnasio municipal" en su apartado h) (Doc 5, Pag. 31 a 34 exp. Admvo.) dice:

" Exponer que el incumplimiento del beneficiario de las condiciones establecidas al otorgar la subvención determinará la obligación de reintegrar la totalidad de las cantidades percibidas. No obstante, cuando el cumplimiento por el beneficiario se aproxime de modo significativo al cumplimiento total y se acredite por éste una actuación tendente a la satisfacción de los compromisos, la cantidad a reintegrar se determinará proporcionalmente atendiendo a la parte del proyecto o actividad no ejecutada o realizada " .

En el presente supuesto, el Ayuntamiento de Atajate, y así lo reconoce de forma expresa en sus escritos de demanda y de apelación, adquiere una serie de elementos que no se corresponden con la memoria inicial contenida en el acuerdo de concesión de subvención.

La Sentencia dictada por el Juzgado de instancia lo recoge así en su apartado cuarto:

(...) la admisión de posibles desviaciones con la memoria inicial se refiere a variaciones en el presupuesto, es decir, que el coste final de los elementos adquiridos no se ajustara exactamente al previsto en la memoria inicial, pero manifiestamente no justifica la adquisición de elementos distintos a los aprobados .

(. ..) no nos hallamos ante incumplimientos formales o temporales, que podrían hace aplicable el principio de proporcionalidad, sino frente a un incumplimiento sustancial equivalente al incumplimiento total " .

Es necesario precisar que en el suplico vuelve a solicitar la anulación de un Recurso de Reposición que no existe, pues la parte actora en ningún omento lo interpuso, el objeto del procedimiento es el "Acuerdo de Junta de Gobierno de fecha 28 de junio de 2017, al punto 0.1.5, relativo a la resolución del procedimiento de reintegro de la subvención concedida al Ayuntamiento de Atajate, para "Dotación Gimnasio Municipal".

En cuanto a la aplicación del principio de proporcionalidad, se trata e una cuestión nueva, no planteada ni en vía administrativa ni en la jurisdiccional en primer instancia, por lo que no procede su examen resolución en apelación, en donde, para más abundamiento se plantea en las alegaciones, pero ni siquiera resulta invocada su aplicación en el suplico el recurso.

Es reiterada la Jurisprudencia de nuestros tribunales, entre otras, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 4ª, de 17 de enero de 2000 , Rec 349711992, que severa que las cuestiones nuevas no pueden ser examinadas ni resueltas en e1 Recurso de Apelación

Quedando acreditado que no se ha cumplido el objeto de la subvención que no se dan las circunstancias para aplicar el principio de proporcionalidad, procede confirmar íntegramente la sentencia dictada por el juzgador de instancia.

CUARTO .- La sentencia impugnado contiene la siguiente fundamentación:

" **SEGUNDO**.-Ha dicho el Tribunal Supremo Sala 3ª, sec. 3ª, en su sentencia nº. 2731/2016, de 22 de diciembre, dictada en el recurso 762/2015 , 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")...".

La sentencia de la misma Sala, sección 3ª, dictada el 16 de marzo de 2012 en el recurso 1680/2010 , recuerda que " (...) Esta Sala ha sentado una doctrina ya consolidada en cuanto a la exigencia del cumplimiento de las condiciones impuestas a los beneficiarios de subvenciones. Hemos mantenido de modo constante que quien pretende obtener en su provecho caudales públicos por la vía de la subvención debe guardar una conducta respetuosa con las obligaciones, materiales y formales, a cuyo cumplimiento se subordina la entrega de aquéllos.

El incumplimiento de las obligaciones de forma, aunque tengan un carácter instrumental, también puede determinar, en aplicación de los preceptos legales, o bien el decaimiento del derecho a obtener el beneficio o bien el deber de reintegrar su importe. Entre dichas obligaciones formales se encuentra sin duda la de justificar o acreditar ante la Administración que el beneficiario ha realizado las actuaciones (mantenimientos de fondos propios, inversión productiva, creación de puestos de trabajo, etcétera) a cuya ejecución venía subordinada la concesión del incentivo. La acreditación tiene un doble carácter que no debe ser confundido: ha de hacerse en tiempo y forma, por un lado, y con ella ha de demostrarse que el cumplimiento material de las exigencias impuestas se llevó a cabo dentro del tiempo previsto en la resolución individual de concesión del beneficio, por otro..."

Los anteriores principios aparecen consagrados en la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, la cual dispone en su artículo 2.1 b) que

"1. Se entiende por subvención, a los efectos de esta ley, toda disposición dineraria realizada por cualesquiera de los sujetos contemplados en el art. 3 de esta ley , a favor de personas públicas o privadas, y que cumpla los siguientes requisitos:...

b) Que la entrega esté sujeta al cumplimiento de un determinado objetivo, la ejecución de un proyecto, la realización de una actividad, la adopción de un comportamiento singular, ya realizados o por desarrollar, o la concurrencia de una situación, debiendo el beneficiario cumplir las obligaciones materiales y formales que se hubieran establecido..."

Dice también el artículo 14.1 a) que

"1. Son obligaciones del beneficiario:

a) Cumplir el objetivo, ejecutar el proyecto, realizar la actividad o adoptar el comportamiento que fundamenta la concesión de las subvenciones..."

Mientras que conforme al artículo 37.1,



" 1. También procederá el reintegro de las cantidades percibidas y la exigencia del interés de demora correspondiente desde el momento del pago de la subvención hasta la fecha en que se acuerde la procedencia del reintegro, en los siguientes casos:...

b) Incumplimiento total o parcial del objetivo, de la actividad, del proyecto o la no adopción del comportamiento que fundamentan la concesión de la subvención.

c) Incumplimiento de la obligación de justificación o la justificación insuficiente, en los términos establecidos en el art. 30 de esta ley, y en su caso, en las normas reguladoras de la subvención.."

Lo que no impide la operatividad del principio de proporcionalidad, que permite emplear criterios de graduación de los posibles incumplimientos de las condiciones impuestas al conceder las subvenciones.

TERCERO.- Descendiendo a las circunstancias de nuestro caso aparece que el 20 de octubre de 2015 el Ayuntamiento de Atajate solicitó a la **Diputación Provincial de Málaga** una ayuda económica por importe de 14.999,96 euros para "dotar de la maquinaria necesaria al gimnasio municipal" (folio 2 del e.a.), solicitud a la que incorporó, junto a otros documentos, una memoria descriptiva que incorporaba un presupuesto de adquisición de dos máquinas Fitness BH G672 Banda Motor Voyager 2.5 Progra Unico Unic, una máquina Fitness BH G156 Gimnasio Semi-profesional TT P Único Unic, y dos Elípticas Fintness BH G260 Elíptica Kronos Generator Único Unic, por el importe indicado más arriba (folios 9 y 10).

Mediante acuerdo de 15 de diciembre de 2015 se acordó conceder la subvención, con el deber de ejecutar la actuación hasta el 30 de septiembre de 2016 y presentar los justificantes correspondientes hasta el 31 de diciembre de 2016 (folios 31 al 34)

El 21 de octubre de 2016, el Ayuntamiento presentó justificación de la actuación, aportando la factura (folio 47) acreditativa de la adquisición, por importe de 14.998,36 euros, del siguiente material:

Seis unidades de Step profesional PT-056; seis colchonetas de 140 x 60; seis balones Flexiball 65 L; una cinta de correr; un soporte juego mancuerna; un banco regulable Essence; seis bicicletas Indoor PT-005; dos elípticas E-Line; una bicicleta E-Line; y seis espejos de pared (sic).

Resultando de la documentación aportada que "...han sido adquiridos elementos diferentes de los recogidos en la memoria inicial presentada para la concesión de la subvención, no solo de diferentes características, sino elementos cuya financiación no estaba prevista con cargo a la subvención...", mediante acuerdo de la Junta de Gobierno de la **Diputación Provincial de Málaga** de 5 de abril de 2017 se acordó iniciar procedimiento de reintegro (folios 52 y 53).

Concedida audiencia al Ayuntamiento, presentó alegaciones (folios 58 y 59) que fueron desestimadas mediante la resolución de 28 de junio de 2017, contra la que se dirige este recurso, que acordaba el reintegro de la subvención por existir incumplimiento total del proyecto que fundamentó la concesión de la misma, conforme a lo establecido en el artículo 37.1 b) de la Ley 38/2003 .

CUARTO.- Llegados a este punto debemos comenzar rechazando la denuncia por falta de motivación, ya que la resolución impugnada dio respuesta a todas las cuestiones planteadas por el Ayuntamiento en sus alegaciones.

En cuanto al fondo del asunto, aparece que las alegaciones al acuerdo de inicio del expediente han sido reproducidas en esta vía jurisdiccional, mereciendo idéntico pronunciamiento desestimatorio, por los siguientes motivos:

- es patente y sustancial la diferencia entre el material relacionado en la memoria descriptiva con la solicitud de subvención, y el efectivamente adquirido;

- resulta insostenible el argumento de que el material citado en la memoria no cabía en el gimnasio, ya que las obras fueron recepcionadas el 30 de junio de 2015 (folio 15), esto es, varios meses después de la elaboración del presupuesto, el 12 de agosto del mismo año;

- la admisión de posibles desviaciones con la memoria inicial (apartado f), punto 5º del Acuerdo de Junta de Gobierno de fecha 15 de diciembre de 2015) se refiere a variaciones en el presupuesto, es decir, que el coste final de los elementos adquiridos no se ajustara exactamente al previsto en la memoria inicial, pero manifiestamente no justifica la adquisición de elementos distintos a los aprobados;

- no nos hallamos ante incumplimientos formales o temporales, que podrían hacer aplicable el principio de proporcionalidad, sino frente a un incumplimiento sustancial equivalente al incumplimiento total."

QUINTO .- Conforme al artículo 456 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , aplicado supletoriamente al proceso contencioso administrativo, el recurso de apelación, puede suponer un nuevo examen de las actuaciones realizadas por la sentencia dictada en primera instancia de acuerdo con los motivos impugnatorios que se



articulan en el mismo, lo que hace que los Tribunales de segunda instancia limiten el conocimiento de lo litigioso al examen y valoración de sus motivos de apelación, sin que sea preciso un examen completo y por segunda vez de todo lo actuado en la instancia.

En este sentido, el Tribunal Supremo en distintas ocasiones, cuando era competente para conocer del antiguo recurso de apelación frente a las sentencias dictadas por las Salas de lo Contencioso, señaló en varias ocasiones que el recurso de apelación ha de tender a hacer valer los motivos por los que una decisión jurisdiccional dictada en la instancia es jurídicamente vulnerable. Así la STS del 15 de julio de 2009, Recurso: 1308/1988 , en su FD 2º dice:

"..... , reiteramos la Jurisprudencia consolidada de esta Sala acerca de la naturaleza de la apelación que viene declarando que este recurso tiene por objeto depurar el resultado procesal obtenido con anterioridad, de suerte que el contenido del escrito de alegaciones de la parte apelante ha de consistir precisamente en una crítica de la sentencia impugnada, que sirva de fundamento a la pretensión de sustitución del pronunciamiento recaído en la primera instancia por otro distinto, siendo, por tanto, el recurso de apelación un remedio procesal que se concede a las partes para combatir aquellos fallos que se consideran contrarios a sus intereses, actuándose, a su través, una pretensión revocatoria que, como toda pretensión procesal, requiere la individualización de los motivos que le sirven de fundamento, a fin de que el Tribunal de apelación pueda examinarlos y pronunciarse dentro de los límites y en congruencia con los términos en que venga ejercitada, y, por ello, se viene declarando que, al reproducirse en el escrito de alegaciones formulado en el trámite de apelación el contenido del escrito de demanda, o al limitarse aquél, simplemente, a dar por reproducidos todos los argumentos vertidos ante el Tribunal de instancia, sin que se haga motivación o razonamiento específico dirigido a combatir la sentencia apelada, se incurre, en realidad, en una práctica omisión de las alegaciones correspondientes a las pretensiones deducidas, o intentadas deducir, en la segunda instancia, omisión que, aunque no sea enteramente equiparable al abandono del recurso, al no existir para este caso una norma equivalente a la del artículo 67.2 de la derogada Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa , sí conduce a desestimar el recurso interpuesto contra la sentencia apelada, siempre que ésta no consagre una infracción legal que pueda ser corregida sin menoscabo del carácter rogado del proceso, toda vez que, si bien el recurso de apelación traslada al Tribunal ad quem el total conocimiento del litigio, no está concebida la apelación como una repetición del proceso de instancia ante un Tribunal de distinta jerarquía, sino como una revisión de la sentencia apelada tendente a depurar la resolución recaída en aquél, y, de ahí, la necesidad de motivar la pretensión de que la sentencia apelada sea sustituida por otra diferente, pues, aunque ante el Tribunal ad quem siga combatiéndose el mismo acto que se impugnaba ante el Tribunal a quo, lo que se recurre en apelación son, ciertamente, los pronunciamientos de éste último, y, por ello, y en consecuencia, el ignorar tales pronunciamientos y eludir todo análisis crítico en torno a los mismos debería conducir a la desestimación del recurso de apelación "

También el Tribunal Constitucional en su sentencia de 27 de diciembre de 1994 , afirma que el no incorporar un estudio crítico de las argumentaciones de la sentencia apelada es omisión que debe conducir a la desestimación del recurso de apelación.

Con esta doctrina jurisprudencial se pretende evitar un eterno retorno sobre los planteamientos dialécticos resueltos por el juzgador a quo, cuando por el apelante no se ha pretendido en la alzada un juicio analítico razonado de la motivación jurídica que integra la sentencia combatida.

Por otra parte, el recurso de apelación autoriza al Tribunal "ad quem" a revisar la valoración probatoria del Juez "a quo", pero el hecho de que la apreciación por éste lo sea de pruebas practicadas a su presencia, como es la testifical y la pericial, y con respeto a los principios de inmediatez, oralidad y contradicción, determina por regla general, que la valoración probatoria realizada por el Juez de instancia, a quien legalmente le corresponde la apreciación de las pruebas practicadas, debe respetarse en la alzada, con la única excepción de que la conclusión probatoria de que se trate carezca de apoyo en el conjunto probatorio practicado, o bien de que las diligencias de prueba hayan sido practicadas defectuosamente, entendiéndose por infracción aquella que afecta a la regulación específica de las mismas, fácilmente apreciable, así como de aquellas diligencias de prueba cuya valoración sea notoriamente errónea, esto es, cuya valoración se revele como equivocada, sin esfuerzo, por no atenerse a las máximas de la experiencia o a las reglas de la sana crítica, entendidas éstas como los criterios de la lógica interpretativa, o cuando la libertad de crítica no se expresa de acuerdo con los criterios propios del razonar humano, incurriendo en arbitrariedad, incoherencia o contradicción (SSTS de 3 de julio , 26 de septiembre , 3 y 30 de octubre de 2007 , 7 y 13 de noviembre de 2007 , recursos de casación 3865/2003 , 9742/2003 , 7568/2003 , 6998/2003 , 6698/2004 y 6851/2004 , que citan varias más).

Finalmente, en esta segunda instancia no pueden plantearse cuestiones nuevas, omitidas en la primera instancia. En este sentido la STS de 17 de enero de 2000 (RJ 2000\264), FD 3º, destaca "... como ha reiterado esta Sala, aún cuando el recurso de apelación transmite al tribunal ad quem la plenitud de competencia para revisar y decidir todas las cuestiones planteadas en primera instancia, el examen que corresponde a la fase



de apelación es un examen crítico de la sentencia, para llegar a la conclusión de si se aprecia o no en ella la errónea aplicación de una norma, la incongruencia, la indebida o defectuosa apreciación de la prueba o cualesquiera otras razones que se invoquen para obtener la revocación de la sentencia apelada, *pero resulta imposible suscitar cuestiones nuevas sobre las que no ha podido pronunciarse la sentencia de primera instancia que se revisa* ".

SEXTO .- Teniendo en cuenta las anteriores consideraciones es de observar que la parte apelante no achaca a la sentencia impugnada error en la apreciación de la prueba cuando constata que el 20 de octubre de 2015 el Ayuntamiento de Atajate solicitó a la **Diputación Provincial de Málaga** una ayuda económica por importe de 14.999,96 euros para "dotar de la maquinaria necesaria al gimnasio municipal" (folio 2 del e.a.), solicitud a la que incorporó, junto a otros documentos, una memoria descriptiva que incorporaba un presupuesto de adquisición de dos máquinas Fitness BH G672 Banda Motor Voyager 2.5 Progra Unico Unic, una máquina Fitness BH G156 Gimnasio Semi-profesional TT P Único Unic, y dos Elípticas Fitness BH G260 Elíptica Kronos Generator Único Unic, por el importe indicado más arriba (folios 9 y 10).

Y sobre esa memoria, Mediante acuerdo de 15 de diciembre de 2015 se acordó conceder la subvención, con el deber de ejecutar la actuación hasta el 30 de septiembre de 2016 y presentar los justificantes correspondientes hasta el 31 de diciembre de 2016 (folios 31 al 34)

Posteriormente, "el 21 de octubre de 2016, el Ayuntamiento presentó justificación de la actuación, aportando la factura (folio 47) acreditativa de la adquisición, por importe de 14.998,36 euros, del siguiente material:

Seis unidades de Step profesional PT-056; seis colchonetas de 140 x 60; seis balones Flexiball 65 L; una cinta de correr; un soporte juego mancuerna; un banco regulable Essence; seis bicicletas Indoor PT-005; dos elípticas E-Line; una bicicleta E-Line; y seis espejos de pared (sic).

Resultando de la documentación aportada que "...han sido adquiridos elementos diferentes de los recogidos en la memoria inicial presentada para la concesión de la subvención, no solo de diferentes características, sino elementos cuya financiación no estaba prevista con cargo a la subvención...", mediante acuerdo de la Junta de Gobierno de la **Diputación Provincial de Málaga** de 5 de abril de 2017 se acordó iniciar procedimiento de reintegro (folios 52 y 53)".

Con estos datos fácticos, y abundando en lo dicho en la sentencia apelada, debe partirse la justificación de la aplicación de los fondos recibidos es una obligación de orden formal, que se incardina dentro del conjunto de cargas modales que asume el perceptor de la ayuda, cuyo incumplimiento determina la pérdida de la subvención en todo o parte, a este respecto es oportuno tal y como recuerda la STS de 22 de noviembre de 2010, reproducir el FJ 2º de la STS dictada en recurso de casación 2181/2006, que reproduce lo dicho en la de 12 de marzo de 2008, recurso de casación 2618/2006.

En este sentido se puede concluir con las SSTS de 7 de abril de 2003 (RC 11328/1998), 4 de mayo de 2004 (RC 3481/2000), 17 de octubre de 2005 (RC 158/2000), 15 de noviembre de 2006 (RC 2586/2004) y de 19 de diciembre de 2013 (rec. 3125/2010), que la naturaleza de dicha medida de fomento puede caracterizarse por las notas siguientes:

- 1) 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.
- 2) 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.
- 3) 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).

Quiere ello decir, como puntualiza nuestra jurisprudencia, según se refiere en la sentencia de 20 de mayo de 2003 (RC 5546/1998), que, 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, su 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 .

Finalmente, el invocado principio de proporcionalidad, no es posible aplicarlo por cuanto estamos en presencia de un supuesto de incumplimiento de la normativa reguladora de la subvención y no el caso que prevé el art. 37.2 de la Ley 38/2003 de 17 de noviembre, General de Subvenciones , esto es, cuando el beneficiario se aproxime significativamente al cumplimiento y acredite una actitud tendente a la satisfacción de sus compromisos. En este punto conviene recordar que la STS (por todas STS de 28 de noviembre de 2014, RC 5621/2011) ha subrayado el rigor con que ha de cumplirse los requisitos y condiciones en materia de incentivos regionales y así en la Sentencia de 3 de noviembre de 2014 (RC 2737/2012) ha declarado que "*quien pretende obtener en su provecho caudales públicos por la vía de la subvención debe guardar una conducta respetuosa con las obligaciones, materiales y formales, a cuyo cumplimiento se subordina la entrega de aquéllos, y que la observancia de las condiciones impuestas ha de ser rigurosa*".

Por tanto la Sala aprecia correcta la sentencia de instancia, cuando aprecia que es patente y sustancial la diferencia entre el material relacionado en la memoria descriptiva con la solicitud de subvención, y el efectivamente adquirido; así como que la admisión de posibles desviaciones con la memoria inicial (apartado f), punto 5º del Acuerdo de Junta de Gobierno de fecha 15 de diciembre de 2015) se refiere a variaciones en el presupuesto, es decir, que el coste final de los elementos adquiridos no se ajustara exactamente al previsto en la memoria inicial, pero manifiestamente no justifica la adquisición de elementos distintos a los aprobados; no nos hallamos ante incumplimientos formales o temporales, que podrían hacer aplicable el principio de proporcionalidad, sino frente a un incumplimiento sustancial equivalente al incumplimiento total.

SÉPTIMO .- La desestimación del recurso implica imponer el pago de las costas a apelante (art. 139.2 Ley 29/98)

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

FALLAMOS

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido:

PRIMERO.- Desestimar el presente recurso de apelación promovido en nombre del AYUNTAMIENTO DE ATAJATE, contra la sentencia nº 168/18 de 4 de mayo, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº SIETE de **MÁLAGA**, en el PA 435/17.

SEGUNDO.- Imponer el pago de las costas a la parte apelante.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma cabe interponer, en su caso, recurso de casación ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo si pretende fundarse en infracción de normas de derecho estatal o de la Unión Europea que sean relevantes y determinantes del fallo impugnado o ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con la composición que determina el art. 86.3 de la Ley Jurisdiccional si el recurso se fundare en infracción de normas de derecho autonómico; recurso que habrá de prepararse ante esta Sala en el plazo de treinta días contados desde el siguiente a la notificación de la presente sentencia mediante escrito que reúna los requisitos expresados en el art. 89.2 del mismo Cuerpo Legal .

Remítase testimonio de la presente resolución al Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de procedencia, para su ejecución.

Lo mandó la Sala y firman los Magistrados Ilmos. Sres. al inicio designados.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente, estando la Sala celebrando audiencia pública, lo que, como Letrada de la Administración de Justicia, certifico.