

BASE DE DATOS DE Norma DEF.-

Referencia: NCJ066630

TRIBUNAL SUPREMO*Sentencia 559/2023, de 8 de mayo de 2023**Sala de lo Contencioso-Administrativo**Rec. n.º 6094/2021***SUMARIO:****Subvenciones. Requisitos formales. Incumplimiento del plazo para inscribir la concesión de la subvención en el Registro Mercantil. Principio de proporcionalidad.**

El artículo 37.2 de la Ley General de Subvenciones, es un precepto dedicado a las causas que dan lugar a la restitución de una ayuda recibida y se refiere a los casos en que el cumplimiento se aproxime de modo significativo al compromiso total asumido, pero en este caso, no se mide el grado de cumplimiento por la beneficiaria de todas aquellas exigencias que dan lugar a la consolidación del derecho a la ayuda, sino de una de naturaleza formal a su cargo, establecida al inicio del proceso de concesión, la presentación en un registro público de su aceptación de la ayuda recibida, y cuyo incumplimiento aboca a que la concesión de la ayuda quede sin efecto.

Puede resultar excesiva la consecuencia aparejada al incumplimiento de la misma, pero debe recordarse que se trata de la obtención de caudales públicos en provecho del beneficiario, que por limitados y escasos le imponen el cumplimiento de rigurosas obligaciones, materiales y formales, a cuyo cumplimiento se subordina la entrega de aquéllos.

Es cierto que cabe diferenciar, entre aquellos supuestos en que exista un retraso de varios meses y el suyo, que rebasó dos días el tope establecido de un mes, pero lo verdaderamente importante no es el tiempo transcurrido desde ese momento sino que, no puede considerarse una obligación desmedida o que comporte una especial dificultad, pues el plazo de un mes es razonable y permite el cumplimiento de la obligación mediante el empleo de la diligencia mínima exigible al beneficiario de caudales públicos.

Como interés casacional se determina que el principio de proporcionalidad recogido en el artículo 37.2 de la Ley General de Subvenciones resulta también de aplicación a aquellos casos que no implican un reintegro de cantidades ya percibidas en concepto de subvención, sino un decaimiento o pérdida del derecho por referirse el incumplimiento a obligaciones formales y la aplicación del principio de proporcionalidad puede hacerse pender del mayor o menor periodo temporal de la superación del plazo legal establecido.

En el campo de las ayudas públicas, esta Sala ha sostenido que sí es aplicable el principio de proporcionalidad en aquellos supuestos en los que el incumplimiento del beneficiario permita su graduación en comparación con el grado de cumplimiento general de sus obligaciones. Pero en este caso, el incumplimiento de un plazo para proceder a una inscripción en el registro mercantil no es modulable o graduable, ni puede afirmarse que el retraso de unos pocos días es menos relevante que cuando el incumplimiento se demora por un plazo más amplio. El plazo se cumple o no se cumple, sin posibilidad de graduación. Lo relevante no es si ha excedido mucho o poco del plazo legal sino si la obligación impuesta era de difícil cumplimiento en el plazo marcado o si no se cumplió el plazo por causas ajenas a la voluntad del beneficiario e imputables a la Administración, en este caso debe de reintegrar el importe de la subvención o no concederse.

PRECEPTOS:

Ley 38/2003 (General de Subvenciones), artículo 30 y 37.2.

Constitución española, art. 9.3.

PONENTE:*Don Diego Cordoba Castroverde.*

Magistrados:

Don EDUARDO ESPIN TEMPLADO

Don JOSE MANUEL BANDRES SANCHEZ-CRUZAT

Don EDUARDO CALVO ROJAS

Don MARIA ISABEL PERELLO DOMENECH

Don DIEGO CORDOBA CASTROVERDE

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 559/2023

Fecha de sentencia: 08/05/2023

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 6094/2021

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 25/04/2023

Ponente: Excmo. Sr. D. Diego Córdoba Castroverde

Procedencia: T.S.J.MADRID CON/AD SEC.4

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Martín Contreras

Transcrito por:

Nota:

R. CASACION núm.: 6094/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Diego Córdoba Castroverde

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Martín Contreras

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 559/2023

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Eduardo Espín Templado, presidente

D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat

D. Eduardo Calvo Rojas

D.ª María Isabel Perelló Doménech

D. Diego Córdoba Castroverde

En Madrid, a 8 de mayo de 2023.

Esta Sala ha visto por los magistrados indicados al margen, en su Sección Tercera, el recurso de casación número 6094/2021, interpuesto por la procuradora de los tribunales doña Nuria Munar Serrano, en nombre y representación de la mercantil SLR Bahía Hoteles S.L.U., bajo la dirección letrada de doña María Guinot Barona y

don Ramón, contra sentencia de 9 de junio de 2021, dictada por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el recurso contencioso-administrativo número 410/2020 por la que se desestimó el recurso contencioso administrativo interpuesto por dicha entidad frente a la resolución de la Secretaria de Estado de Presupuestos y Gastos de fecha 16 de junio de 2020, que desestimó el recurso de alzada interpuesto frente a la resolución de la Dirección General de Fondos Europeos de fecha 27 de noviembre de 2019, por la que se declaró el archivo del expediente NUM000 y se dejó sin efectos la concesión de incentivos regionales.

Ha intervenido como parte recurrida el Abogado del Estado, en la representación que ostenta.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Diego Córdoba Castroverde.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

La Procuradora de los Tribunales doña Nuria Munar Serrano, actuando en nombre y representación de "SLR Bahia Hotels SLU", interpone recurso contencioso administrativo frente a la sentencia de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 9 de junio de 2021 (rec. 410/2020) por la que se desestimó el recurso contencioso administrativo interpuesto por dicha entidad frente a la resolución de la Secretaria de Estado de Presupuestos y Gastos de fecha 16 de junio de 2020, que desestimó el recurso de alzada interpuesto frente a la resolución de la Dirección General de Fondos Europeos de fecha 27 de noviembre de 2019, por la que se declaró el archivo del expediente NUM000 y se dejó sin efectos la concesión de incentivos regionales.

Segundo.

Mediante Auto de 20 de abril de 2022 se admitió el recurso de casación declarando que la cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia, consiste en reforzar, completar, matizar o, en su caso, corregir la jurisprudencia ya establecida a fin de aclarar si el principio de proporcionalidad recogido en el artículo 37.2 de la Ley General de Subvenciones resulta también de aplicación a aquellos casos que no implican un reintegro de cantidades ya percibidas en concepto de subvención, sino un decaimiento o pérdida del derecho por referirse el incumplimiento a obligaciones formales establecidas al inicio del procedimiento de concesión y, (ii) si la aplicación del principio de proporcionalidad puede hacerse depender del mayor o menor periodo temporal de la superación del plazo legal establecido.

Tercero.

El recurso aduce en apoyo de su pretensión las siguientes infracciones que imputa a la sentencia de instancia.

1º Considera que la sentencia de instancia infringe el artículo 37.2 de la LGS, al disponer que dicho precepto no resulta de aplicación al supuesto analizado por ser un "precepto dedicado a las causas que dan lugar a la restitución de una ayuda recibida".

Se le priva así de la posibilidad de beneficiarse del mecanismo de modulación contemplado en el citado artículo y se le aboca a la pérdida íntegra de su derecho a percibir los incentivos, sin entrar a valorar el grado de cumplimiento del condicionado asumido por dicha compañía y se incumple la doctrina fijada en la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 2016 (rec. 1901/2016) en el que el Tribunal Supremo considera que, a la vista de las circunstancias específicas de cada caso, es posible la aplicación del criterio de proporcionalidad (con apelación adicional a la equidad), criterio que evitaría el acaecimiento directo, como consecuencia de la inobservancia de las condiciones formales impuestas al beneficiario, de la pérdida de los incentivos. Y ello en los términos que previene el artículo 37.2 de la LGS, que abre la puerta a una modulación del impacto del incumplimiento por parte del beneficiario de condicionado de corte formal a la vista del grado de observancia del resto de obligaciones asumidas con motivo del otorgamiento y aceptación de la ayuda o subvención relevante.

Consecuentemente, el beneficiario pierde toda oportunidad de oponer el grado de verificación del condicionado material en aras de una modulación del impacto de su incumplimiento formal. La Administración, por su parte, queda privada de la posibilidad de examinar si las actuaciones desarrolladas por el beneficiario han conducido -o pueden conducir a la postre- a la consecución de los objetivos de las ayudas o subvenciones correspondientes.

La aplicación del marco garantista que sí ha sido admitida para los beneficiarios perceptores de ayudas ha de extenderse, en mayor medida si cabe habida cuenta de su más elevado grado de desprotección, a los beneficiarios que no han llegado a percibir importe alguno.

Por todo lo anterior, en aras de asegurar un trato equitativo a ambas clases de beneficiarios, así como de garantizar la debida observancia de los principios de proporcionalidad y equidad enarbolados en la STS, la Sentencia ha de ser anulada, y la doctrina jurisprudencial del Alto Tribunal debe ser matizada al efecto de confirmar que el régimen de modulación contemplado en el artículo 37.2 de la LGS debe ser igualmente aplicable a aquellos casos que no implican un reintegro de cantidades ya percibidas en concepto de subvención.

2º La Sentencia al descartar el mecanismo de modulación previsto en el art. 37.2 de la LGS infringe el mandato contenido en el artículo 4 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (la "Ley 40/2015"), que dispone que "Las Administraciones Públicas que, en el ejercicio de sus respectivas competencias, establezcan medidas que limiten el ejercicio de derechos individuales o colectivos o exijan el cumplimiento de requisitos para el desarrollo de una actividad, deberán aplicar el principio de proporcionalidad y elegir la medida menos restrictiva, motivar su necesidad para la protección del interés público así como justificar su adecuación para lograr los fines que se persiguen, sin que en ningún caso se produzcan diferencias de trato discriminatorias".

Consecuentemente, la Sentencia contradice la doctrina jurisprudencial comunitaria relativa al principio de proporcionalidad, plasmada en la sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea de 10 de marzo de 2005 (A. Tempelman - C-96/03-, y Matrimonio T. H. J. M. an Schaijk - C-97/03- frente a Directeur van de Rijksdienst voor de keuring van Vee en Vlees; TJCE 2005\61), (asuntos C-96/03 y C-97/03) en fecha.

El art. 4 de la Ley 40/2015 incorpora al ordenamiento español el principio de proporcionalidad.

La Sala de instancia considera que el incumplimiento de la obligación determina, automáticamente, la pérdida del derecho a obtener los Incentivos, al no poder considerarse una obligación desmedida o que comporte una especial dificultad. Y ello con independencia del lapso temporal transcurrido desde el día en que se produjo el vencimiento de la obligación formal relevante y el día en que se dio debida observancia a dicha obligación.

Aduce que de un examen conjunto de la STS, el régimen previsto en el artículo 37.2 de la LGS, el artículo 4 de la Ley 40/2015 y la doctrina jurisprudencial europea relevante (por todas, véase la anteriormente extractada sentencia de 10 de marzo de 2005, dictada en el marco de los asuntos C-96/03 y C-97/03) conduce a una conclusión inequívoca: el lapso temporal que transcurre desde el momento en que la obligación formal correspondiente resulta exigible y el momento en que dicha obligación es atendida por el beneficiario es de vital importancia a los efectos de sopesar tanto una eventual modulación del incumplimiento formal relevante, como el consiguiente reintegro de las ayudas públicas objeto de examen.

Tal y como puede apreciar la Sala a la que respetuosamente nos dirigimos, en el momento en que se expidió el Acuerdo de archivo la Compañía había verificado todas y cada una de las obligaciones que le eran exigibles de acuerdo con la Resolución de concesión y el resto de las normas relevantes.

Es evidente que tanto la financiación de las obras ejecutadas, como el mantenimiento de los compromisos asumidos (entre otros, mantenimiento de niveles de empleo local) dependía, en última instancia, del desembolso de los Incentivos otorgados -que eran de una gran trascendencia económica para la Compañía-. Consecuentemente, al no materializarse dicho desembolso, SLR BAHÍA, toda vez que hubo de asumir directamente el pago de unos gastos cuya financiación dependía necesariamente del cobro de los Incentivos, vio seriamente comprometida su viabilidad económica, motivo por el que hubo de interrumpir determinados compromisos sustantivos asumidos por mor de la Resolución de concesión.

En definitiva, la conculcación del principio de proporcionalidad por parte de la Administración demandada terminó impactando negativamente, en última instancia, en los objetivos cuya consecución pretendía.

Por todo ello solicita la estimación del recurso de casación y la anulación de la sentencia impugnada y situándose el Tribunal Supremo como tribunal de instancia entre al examen del asunto estimando el recurso contencioso- administrativo que estime y deje y sin efecto la resolución administrativa impugnada, acuerde la continuación de la tramitación del Expediente, así como el desembolso a mi representada de 985.129,60 euros en concepto de Incentivos; e imponga las costas a la Administración demandada.

Cuarto.

El Abogado del Estado se opone al recurso.

El principio de proporcionalidad del artículo 37.2 Ley General de Subvenciones (LGS) 38/2003, también se recoge en el artículo 17.3.n) LGS y en el artículo 46 del Real Decreto 899/2007 que aprueba el Reglamento de incentivos regionales, en cuanto señala en su apartado 9: Cuando el alcance del incumplimiento sea total aplicando lo establecido en los apartados anteriores no procederá reconocer subvención alguna al beneficiario, dando lugar, en su caso, al reintegro de las cantidades percibidas y a la exigencia de los intereses de demora correspondientes. En los demás casos, la subvención procedente a reconocer al beneficiario se obtendrá reduciendo la subvención concedida en el porcentaje del alcance del incumplimiento, dando lugar, en su caso, al reintegro de las cantidades percibidas en exceso y a la exigencia de los intereses de demora correspondientes.

Y lo refieren tanto en el caso de que no se haya percibido el importe de la subvención, como al que ya se ha recibido -parcial o totalmente- y ha lugar al reintegro. Ahora bien, en todo caso la aplicación de la proporcionalidad

requiere (artículo 37.2 LGS) que: 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...

Señalando el artículo 17.3.n) LGS como contenido de las normas reguladoras de las bases de la subvención: 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.

Disponiendo al efecto el artículo 46.2 RD 899/2007: Tratándose de condiciones referentes a la cuantía de la inversión el alcance del incumplimiento se determinará proporcionalmente a la inversión dejada de practicar o practicada indebidamente.

Que en materia de subvenciones de incentivos regionales se concreta según los diferentes tipos y magnitudes de incumplimiento del objetivo de la subvención, en el artículo 46, apartados 3, 4 y 5. Siendo el incumplimiento total, en cualquier caso, en los supuestos relacionados en el apartado 6 de igual precepto, entre los que se incluye -a los efectos que aquí interesan-: k) Cuando no se cumplan los plazos previstos en la resolución de concesión para la acreditación del cumplimiento de condiciones...

Pero en el supuesto que nos ocupa, el único dato que existe -y que no resulta controvertido en la sentencia recurrida, y no se plantea ahora- es el que recoge el acto recurrido en instancia que señala la sentencia objeto de recurso (FJ2), donde consta que no se había ejecutado -o no se había acreditado su ejecución- el proyecto, ni las demás condiciones impuestas:

"La decisión adoptada no vulnera el principio de proporcionalidad, por cuanto no se aprecia la concurrencia de circunstancia que justifique la inaplicación de la consecuencia de pérdida de efectos de la subvención por el incumplimiento de la obligación de presentación ante el Registro Mercantil de la aceptación de los incentivos regionales concedidos, pues al momento de adoptarse el acuerdo, el 27 de noviembre de 2019, la mercantil sólo había acreditado ante el órgano competente de la Comunidad Autónoma de Canarias el cumplimiento de la condición intermedia relativa a disponer las licencias, permisos y autorizaciones necesarias para iniciar la ejecución del proyecto y para el desarrollo de la actividad, encontrándose pendientes de acreditar las demás condiciones generales y particulares previstas en la resolución".

En fin, el incumplimiento de los plazos establecidos para el cumplimiento de obligaciones se tiene por incumplimiento total (en cuanto no acredita una actuación inequívocamente tendente a la satisfacción de sus compromisos).

El incumplimiento de las obligaciones de publicidad tiene un tratamiento diferente en la normativa general de Subvenciones (artículo 30 del Real Decreto 887/2006, que aprueba el Reglamento de la LGS). Pero no se aplica a las subvenciones de incentivos regionales según la disposición adicional 9.1 LGS, sino supletoriamente.

Existiendo una norma de aplicación directa en el artículo 29 RD 899/2007. Debiendo tener en cuenta que según el artículo 18.4 LGS: Los beneficiarios deberán dar la adecuada publicidad del carácter público de la financiación de programas, actividades, inversiones o actuaciones de cualquier tipo que sean objeto de subvención, en los términos reglamentariamente establecidos.

Por ello, no puede darse una respuesta unívoca a la cuestión que se considera de interés casacional. El incumplimiento de obligaciones formales puede acarrear consecuencias muy distintas -incluso el ser constitutivo de infracción administrativa- y no es susceptible de generalización. Habrá de estarse a las bases de la subvención y a la normativa general, o específica en su caso, reguladora de las ayudas. Con especial atención a las normas generales del procedimiento administrativo en punto al cumplimiento de trámites.

Respecto de la segunda de las cuestiones que ofrecen interés casacional: si la aplicación del principio de proporcionalidad puede hacerse depender del mayor o menor periodo temporal de la superación del plazo legal establecido.

A su juicio, la respuesta a esta cuestión depende de la naturaleza del plazo, de la actuación o trámite que deba realizarse en el plazo, y las consecuencias establecidas para el incumplimiento del plazo.

Así el RD 899/2007 en su artículo 46, apartados 3 y 4, aplica la proporcionalidad al incumplimiento de las condiciones de mantenimiento, temporal en el plazo establecido, del funcionamiento de la inversión o del número de puestos de trabajo.

En general lo que será determinante es examinar la naturaleza del plazo, y si es o no preclusivo, ampliable, subsanable el defecto -directamente o mediando requerimiento-. Para lo cual es necesario atender a la normativa reguladora de la subvención, sus bases y la normativa sobre procedimiento administrativo.

Quinto.

Quedaron las actuaciones pendientes de señalamiento para votación y fallo, fijándose al efecto el día 25 de abril de 2023, en cuyo acto tuvo lugar, habiéndose observado las formalidades legales referentes al procedimiento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

El presente recurso de casación impugna la sentencia de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 9 de junio de 2021 (rec. 410/2020) por la que se desestimó el recurso contencioso administrativo interpuesto por dicha entidad frente a la resolución de la Secretaria de Estado de Presupuestos y Gastos de fecha 16 de junio de 2020, que desestimó el recurso de alzada interpuesto frente a la resolución de la Dirección General de Fondos Europeos de fecha 27 de noviembre de 2019, por la que se declaró el archivo del expediente NUM000 y se dejó sin efectos la concesión de incentivos regionales.

Segundo.

La respuesta a la cuestión planteada exige partir de algunos hechos relevantes:

- Por Orden Ministerial de 20 de diciembre de 2018 se concedió a SLR BAHÍA HOTELS, S.L una subvención a fondo perdido de 985.129,60 euros (el 20 % de la inversión aprobada de 4.925.648 euros), con destino a un proyecto de inversión consistente en la renovación integral de un apart-hotel de 4 estrellas, en la localidad de Puerto del Carmen, isla de Lanzarote, provincia de Las Palmas.

- La empresa aceptó la resolución individual de concesión de los incentivos regionales el 6 de febrero de 2019, habiendo procedido a presentar su aceptación ante el Registro Mercantil el 8 de marzo de 2019, trascurrido el plazo de un mes del que disponía conforme a lo establecido en el artículo 29 del Reglamento de los Incentivos Regionales, aprobado por Real Decreto 899/2007, de 6 de julio, así como en la condición particular 2.7 de la resolución individual de concesión, que concluía el miércoles 6 de marzo de 2019.

La sentencia impugnada, respecto a la aplicación del principio de proporcionalidad, consideró que:

"[...] debe diferenciarse entre el cumplimiento de las condiciones y requisitos establecidos para la concesión de la ayuda y el relativo a las actuaciones a que ha de destinarse la recibida. En el primer caso, el incumplimiento aboca a la no obtención de la ayuda y en el segundo, a la restitución de la recibida.

El artículo 37.2 de la Ley General de Subvenciones, es un precepto dedicado a las causas que dan lugar a la restitución de una ayuda recibida y se refiere a los casos en que el cumplimiento se aproxime de modo significativo al compromiso total asumido.

Ello no es el caso de autos, en que no se mide el grado de cumplimiento por la beneficiaria de todas aquellas exigencias que dan lugar a la consolidación del derecho a la ayuda, sino de una de naturaleza formal a su cargo, establecida al inicio del proceso de concesión, la presentación en un registro público de su aceptación de la ayuda recibida, y cuyo incumplimiento aboca a que la concesión de la ayuda quede sin efecto.

Puede resultar excesiva la consecuencia aparejada al incumplimiento de la misma, pero debe recordarse que se trata de la obtención de caudales públicos en provecho del beneficiario, que por limitados y escasos le imponen el cumplimiento de rigurosas obligaciones, materiales y formales, a cuyo cumplimiento se subordina la entrega de aquéllos.

Cabe diferenciar, con la actora, entre aquellos supuestos en que exista un retraso de varios meses y el suyo, que rebasó dos días el tope establecido de un mes, pero lo verdaderamente importante no es el tiempo transcurrido desde ese momento sino que, como manifiesta la sentencia del Alto Tribunal, no puede considerarse una obligación desmedida o que comporte una especial dificultad, pues el plazo de un mes es razonable y permite el cumplimiento de la obligación mediante el empleo de la diligencia mínima exigible al beneficiario de caudales públicos".

Tercero.

La presente controversia se centra, tal y como se afirmó en el Auto de admisión, en reforzar, completar, matizar o, en su caso, corregir la jurisprudencia ya establecida a fin de aclarar si el principio de proporcionalidad recogido en el artículo 37.2 de la Ley General de Subvenciones resulta también de aplicación a aquellos casos que no implican un reintegro de cantidades ya percibidas en concepto de subvención, sino un decaimiento o pérdida del derecho por referirse el incumplimiento a obligaciones formales establecidas al inicio del procedimiento de concesión y, (ii) si la aplicación del principio de proporcionalidad puede hacerse depender del mayor o menor periodo temporal de la superación del plazo legal establecido.

El recurrente reprocha a la sentencia de instancia que descartase en este caso la aplicación de la previsión contenida en el art. 37.2. de la LGS argumentando que se refiere a las causas que dan lugar a la restitución de una ayuda recibida, mientras que en este caso se trata de un incumplimiento para la obtención de la ayuda. Y ello por entender que se le está privando de utilizar un mecanismo de modulación de las consecuencias del incumplimiento (principio de proporcionalidad).

El principio de proporcionalidad constituye un principio general del Derecho que informa todas las actuaciones de la Administración, y que implica no imponer medidas innecesarias, estableciéndose un justo equilibrio o valoración entre la restricción, su gravedad y la finalidad de la misma.

El principio de proporcionalidad ha sido reconocido por el Tribunal Constitucional como una consecuencia natural, entre otros, del principio de interdicción de arbitrariedad de los poderes públicos del artículo 9.3 de la Constitución, que obliga a intervenir cuando la desproporción entre el fin perseguido y los medios empleados para conseguirlo implique un sacrificio excesivo e innecesario de derechos constitucionales (STC nº 155/1996, de 9 de octubre). Fuera del ámbito de los derechos fundamentales del conocimiento del TC, el principio de proporcionalidad ha sido aplicado con frecuencia también en la jurisdicción contencioso-administrativa. Y, si bien tradicionalmente se ha circunscrito al derecho administrativo sancionador, recientemente la tendencia de la jurisprudencia ha sido a expandir su ámbito de aplicación a otros supuestos del derecho administrativo, como a la regulación del sector eléctrico o al ámbito de las ayudas públicas.

En el campo de las ayudas públicas y, más concretamente, en el de subvenciones, esta Sala ha sostenido reiteradamente que, a pesar de que con carácter general debe exigirse al beneficiario de la subvención una conducta respetuosa con las obligaciones anejas a la misma, es aplicable el principio de proporcionalidad en aquellos supuestos en los que el incumplimiento del beneficiario permita su graduación en comparación con el grado de cumplimiento general de sus obligaciones. El principio de proporcionalidad en el ámbito de las ayudas públicas tiene una orientación claramente finalista, puesto que debe perseguir en todo momento la realización del objetivo del interés económico general, como ha manifestado esta Sala del Tribunal Supremo en las sentencias nº 2279/2016, de 24 de octubre y nº 2334/2016, de 2 de noviembre, haciéndose eco de la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea al respecto.

Cuarto.

Este Tribunal ha afirmado que el incumplimiento de los requisitos legalmente establecidos, tanto materiales como formales, para obtener la ayuda pueden determinar la pérdida de la misma o la obligación de reintegro. Así, en la STS de 16 de marzo de 2012 (rec. 1680/2010), 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. En principio, el incumplimiento de la obligación de justificar la realización de los compromisos asumidos puede determinar, insistimos, que la subvención acordada no sea finalmente entregada o que se exija su reintegro a quien la recibió. Esta es la doctrina constante de la Sala que, por lo demás, queda refrendada ahora por el juego conjunto de los artículos 30.8 y 37 de la nueva Ley 38/2003, 17 de noviembre, General de Subvenciones [...]."

En la STS nº 186/2020, de 12 de febrero de 2020 (rec. 8063/2018) referida al incumplimiento total de las condiciones establecidas para el disfrute de los incentivos regionales por no haberse acreditado el nivel de autofinanciación exigido, se afirmó: "Y, en fin, que 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. No obstante, esa jurisprudencia ha sido modulada o matizada en atención a la singularidad o especificidad del caso, aplicando el principio de proporcionalidad, de origen jurisprudencial y después plasmado expresamente en el artículo 37.2 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones".

Procede analizar, por tanto, la obligación impuesta y finalmente incumplida y la incidencia del principio de proporcionalidad en relación con la misma.

En el supuesto que nos ocupa, el artículo 27 del Real Decreto 899/2007, de 6 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de los incentivos regionales bajo el epígrafe "Notificación y aceptación de las concesiones" establece:

"1. La Dirección General de Fondos Comunitarios, teniendo en cuenta lo establecido en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, procederá a notificar a los interesados, a través del órgano competente de la Comunidad Autónoma, la resolución individual recaída para cada proyecto. Dicha resolución incorporará los derechos y las obligaciones del beneficiario que afecten al desarrollo del proyecto.

2. Los beneficiarios de incentivos regionales deberán manifestar su aceptación en un plazo máximo de quince días hábiles desde su notificación por el órgano competente de la Comunidad Autónoma. Transcurrido dicho plazo sin haberla efectuado, el órgano competente de la Comunidad Autónoma lo pondrá en conocimiento de la Dirección General de Fondos Comunitarios y ésta declarará decaído en sus derechos al titular, quedando sin efecto la concesión y archivándose el expediente.

3. La aceptación de los beneficios supondrá la obligación del interesado de cumplir las condiciones determinantes de la concesión, así como de las prescripciones que se impongan en la misma y cuantas se deriven de lo dispuesto en la normativa reguladora de los incentivos regionales".

Previsión esta que se completa con lo dispuesto en el artículo 29 del Real Decreto 899/2007, en el que se dispone:

"1. El beneficiario deberá presentar la resolución de concesión ante el Registro Mercantil, en el plazo de un mes a contar desde la fecha de la aceptación de la concesión, a efectos de dar cumplimiento a la Disposición Adicional Cuarta del Reglamento del Registro Mercantil, aprobado por el Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio. Asimismo deberá presentar en el mismo plazo todas las resoluciones posteriores a la de concesión de los Incentivos Regionales: las resoluciones de prórroga, modificación de los incentivos o pérdida de los derechos si se produce el cambio de titularidad de los incentivos.

2. El cumplimiento de esta condición deberá acreditarse ante el órgano competente de la Comunidad Autónoma dentro de los cuatro meses siguientes a la aceptación de la correspondiente resolución.

3. En el caso de que no quede acreditado en plazo el cumplimiento de esta obligación, se notificará por parte de la Comunidad Autónoma a la Dirección General de Fondos Comunitarios la cual declarará sin efecto la concesión no presentada ante el Registro Mercantil".

La presentación de la resolución de concesión de la subvención ante el Registro Mercantil en el plazo de un mes desde la aceptación tiene por finalidad dar cumplimiento a la Disposición Adicional Cuarta del Reglamento del Registro Mercantil aprobado por el Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio. Se trata de extender una nota marginal que describa la concesión de la subvención y sus condiciones con la finalidad de dar constancia registral y publicidad frente a terceros de la existencia de dicha ayuda sujeta al cumplimiento de determinadas condiciones y la posibilidad de reintegro si no se cumplen las mismas.

Atendiendo a esta obligación, finalmente incumplida al haberse acudido al Registro Mercantil dos días después del transcurso del plazo de un mes, procede analizar si dicho incumplimiento puede dar lugar la denegación de la subvención, si puede regularse en función del plazo en el que se ha excedido y si en aplicación del principio de proporcionalidad es posible graduar el importe de la subvención que puede concederse o denegarse.

El incumplimiento de los plazos establecidos para llevar cabo las obligaciones que le imponga la ley (entre ellas el acceso al registro mercantil) puede implicar un incumplimiento que, conforme a la jurisprudencia antes reseñada, puede conllevar la denegación de la ayuda solicitada. Además, el incumplimiento de un plazo para proceder a una inscripción en el registro mercantil no es modulable o graduable, ni puede afirmarse que el retraso de unos pocos días es menos relevante que cuando el incumplimiento se demora por un plazo más amplio.

Esta Sala ha aplicado el principio de proporcionalidad al incumplimiento de requisitos formales e incluso ha modulado las consecuencias por la inobservancia del plazo para la inscripción de una instalación en registro de preasignación con la finalidad de obtener una régimen especial de retribución, pero en estos últimos la ponderación realizada no fue porque considerásemos que se trataba de un incumplimiento de escasa entidad sino por la constatación de que el incumplimiento del plazo no era imputable al titular de la instalación sino a la propia Administración o a un tercero. Por tanto, la modulación del incumplimiento se basó en un juicio de imputabilidad o, si se prefiere, de culpabilidad, el que en determinadas ocasiones nos ha llevado a declarar que el titular de la instalación no debía soportar las consecuencias gravosas derivadas de un incumplimiento del que no era responsable.

En estos mismos casos hemos negado que el hecho de haber sobrepasado el plazo temporal previsto para la inscripción en el registro fuese graduable en razón al principio de proporcionalidad. Así lo sostuvimos en la STS nº 1359/2021, de 22 de noviembre de 2021 (rec. 1222/2021) afirmando "tratándose del requisito referido al plazo en el que debe producirse la inscripción definitiva en el Registro correspondiente y en el que debe comenzar la venta de energía eléctrica, el incumplimiento de tal plazo no es fácilmente modulable ni graduable; y ello en un doble sentido. De un lado, en cuanto a la propia apreciación del incumplimiento, pues el plazo se cumple o no se cumple, sin posibilidad de graduación. De otra parte, en cuanto a la consecuencia del incumplimiento, pues, según el artículo 8.2 del Real Decreto 1578/2008, lo procedente en caso de incumplimiento es "la cancelación por incumplimiento de

la inscripción en el Registro de pre-asignación de retribución", sin que esta consecuencia sea susceptible de graduación".

En dicha sentencia sostuvimos "En definitiva, la mera circunstancia de que el plazo para el comienzo del vertido de energía haya sido incumplido por "solo" unos días [...] sin mediar ninguna circunstancia que disculpe la demora, no autoriza a calificar esa inobservancia del plazo como de escasa entidad; ni, desde luego, autoriza a inaplicar la consecuencia que la norma anuda a tal incumplimiento" y por ello se fijó como jurisprudencia "Una vez constatado que se ha sobrepasado el plazo establecido por el artículo 8.1 del Real Decreto 1578/2008, de 26 de septiembre, para que se inicie el vertido de energía, no cabe invocar el principio de proporcionalidad para que la consecuencia que la norma anuda a tal incumplimiento -cancelación de la inscripción en el Registro de pre-asignación de retribución- se haga depender de la mayor o menor duración del periodo en que se superó aquel plazo". Y en similares términos se pronuncia la STS nº 1094/2022, de 26 de julio de 2022 (rec. 3956/2021).

Y más concretamente en nuestra STS 21 de diciembre de 2016 (rec. 1901/2016) en la que se abordó, al igual que en el supuesto que nos ocupa, la falta de presentación en el Registro Mercantil del acuerdo de concesión de los incentivos regionales, dentro del plazo del mes siguiente a su aceptación, se consideró que "es un criterio jurisprudencial reiterado en materia de subvenciones, que se recoge no solo en la sentencia de esta Sala de 3 de noviembre de 2014, en la que se basó la sentencia impugnada, sino en otras muchas, como las de 6 de junio de 2007 (recurso 8246/2004), 22 de abril de 2009 (recurso 71/2007), 22 de septiembre de 2009 (recurso 401/2007), 16 de marzo de 2012 (recurso 1680/2010), 11 de octubre de 2013 (recurso 396/2012), 4 de noviembre de 2014 (recurso 296/2013), 28 de noviembre de 2014 (recurso 5621/2011), 3 de junio de 2015 (recurso 3412/2014) y 3 de mayo de 2016 (recurso 965/2014), 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 otra parte, se razonó que esta obligación no podía considerarse desproporcionada pues "esta obligación de presentación de la resolución de concesión de los incentivos regionales ante el Registro Mercantil, en el plazo de un mes desde su aceptación, acompañada de su aceptación, que establece el artículo 29 del RD 899/2007 en relación con la Disposición adicional cuarta del Reglamento de Registro Mercantil antes citado, con la finalidad de dotar de publicidad a la concesión de los incentivos regionales, no puede considerarse una obligación desmedida o que comporte una especial dificultad, pues el plazo de un mes es razonable y permite el cumplimiento de la obligación mediante el empleo de la diligencia mínima exigible al beneficiario de caudales públicos".

Para finalmente añadir "[...] consideramos como doctrina correcta que "del artículo 39 (se está refiriendo al art. 29 del RD 899/2007 resulta la obligación, para el beneficiario de incentivos regionales, de presentar la resolución de concesión ante el Registro Mercantil, en el plazo de un mes desde la fecha de la aceptación de la concesión, cuando se trate de beneficiarios que sean sujetos inscribibles en dicho registro, y que el incumplimiento de esta obligación faculta a la Administración para declarar sin efecto la concesión.

No obstante, y sin perjuicio del criterio reiterado por esta Sala de que el incumplimiento de las condiciones formales, aunque tengan un carácter instrumental, puede determinar el decaimiento del derecho a obtener la subvención o el deber de reintegrar su importe, no puede pasarse por alto que, como advertían las sentencias de esta Sala de 6 de junio de 2007, 16 de marzo de 2012, ambas ya referenciadas, y 8 de febrero de 2016 (recurso 3189/2015), en casos singulares - cuya especificidad no permite extrapolar la misma conclusión a cualesquiera otros incumplimientos formales, ni siquiera de signo meramente temporal-, puede resultar aplicable el criterio de proporcionalidad (con apelación adicional a la equidad) y no deducirse las consecuencias de pérdida de la subvención, debiendo estar caracterizados dichos casos excepcionales por la presencia de circunstancias que demuestren, en los términos que previene el artículo 37.2 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, que el cumplimiento de los beneficiarios "se aproxime de modo significativo al cumplimiento total y se acredite por éstos una actuación inequívocamente tendente a la satisfacción de sus compromisos", condiciones que habrán de valorarse de forma razonada y razonable por el Tribunal de instancia".

Y en aquel supuesto se valoró que la Sala de instancia no ha apreciado la concurrencia de ninguna circunstancia que pueda justificar la inaplicación de la consecuencia de pérdida de efectos de la subvención, por el incumplimiento de la obligación de presentación en el plazo de un mes de la resolución de concesión en el Registro Mercantil, sino al contrario, ha ponderado las peculiaridades concurrentes en el caso concreto (FD Cuarto), como motivos añadidos para la desestimación del recurso, por lo que la sentencia impugnada no se aparta del criterio jurisprudencial establecido por esta Sala en relación con la obligación de presentación de la resolución de concesión de los incentivos regionales ante el registro mercantil"

Por ello entendemos que la norma fija un plazo razonable para que la resolución de la concesión de la subvención acceda al registro mercantil, plazo que puede ser cumplido utilizando una diligencia mínima por parte del beneficiario, sin que se hayan acreditado por el recurrente ninguna circunstancia que justificase el incumplimiento del plazo.

Frente a ello, el hecho de que el retraso fuera de tan solo dos días no puede considerarse relevante porque lo importante no es el tiempo transcurrido sino si la obligación impuesta era desmedida o de una especial dificultad o si no se cumplió el plazo por causas ajenas a su voluntad e imputables a la Administración.

Quinto.

Doctrina jurisprudencial que se establece en respuesta a las cuestiones planteadas en el auto de admisión del recurso de casación.

Se solicita de este tribunal que aclare si el principio de proporcionalidad resulta también de aplicación a aquellos casos referidos al incumplimiento a obligaciones formales establecidas al inicio del procedimiento de concesión que impiden su concesión y si la aplicación del principio de proporcionalidad puede hacerse depender del mayor o menor periodo temporal de la superación del plazo legal establecido.

En respuesta a esta cuestión se afirma que el incumplimiento de los requisitos legalmente establecidos, tanto materiales como formales, para obtener una ayuda puede determinar la pérdida de esta o la obligación de reintegro.

El principio de proporcionalidad puede modular el incumplimiento de requisitos formales dependiendo de la naturaleza de estos y de las circunstancias concurrentes. Pero el plazo temporal para la inscripción en el Registro mercantil de la concesión de la subvención, previsto en el art. 29 del Reglamento de los Incentivos Regionales del Real Decreto 899/2007, de 6 de julio, no es graduable ni su incumplimiento puede modular la concesión parcial de la subvención. Lo relevante no es si ha excedido mucho o poco del plazo legal sino si la obligación impuesta era de difícil cumplimiento en el plazo marcado o si no se cumplió el plazo por causas ajenas a la voluntad del beneficiario e imputables a la Administración.

Sexto.

Costas.

Procede, por todo lo expuesto, la desestimación del recurso de casación sin que se aprecien temeridad o mala fe que justifiquen la condena en costas, de conformidad con lo dispuesto en el art. 93.4 de la LJ.

Respecto a las costas causadas en la instancia, se mantiene el pronunciamiento realizado en la sentencia de instancia.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido de acuerdo con la interpretación de las normas establecida en el fundamento jurídico cuarto:

1º Desestimar el recurso de casación interpuesto por "SLR Bahia Hotels SLU" contra la sentencia de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 9 de junio de 2021 (rec. 410/2020)

2º No hacer expresa condena en costas respecto al recurso de casación manteniendo el pronunciamiento de las costas de instancia.

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

Así se acuerda y firma.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.