



HERRI ADMINISTRAZIO ETA  
JUSTIZIA SAILA  
Araubide Juridikoaren  
Sailburuordetza  
*Lege Garapen eta Arau Kontrolerako  
Zuzendaritza*

DEPARTAMENTO DE ADMINISTRACIÓN  
PÚBLICA Y JUSTICIA  
Viceconsejería de Régimen Jurídico  
*Dirección de Desarrollo Legislativo y  
Control Normativo*

## INFORME JURIDICO DEL BORRADOR DE DECRETO ... /2015, POR EL QUE SE DESARROLLA EL PROGRAMA DE APOYO FINANCIERO A PEQUEÑAS Y MEDIANAS EMPRESAS, PERSONAS EMPRESARIAS INDIVIDUALES Y PROFESIONALES AUTÓNOMAS, PARA EL AÑO 2015.

---

3/2015 IL

### ANTECEDENTES

La Dirección de Política Financiera y Recursos Institucionales del Departamento de Hacienda y Finanzas solicita a la Dirección de Desarrollo Legislativo y Control Normativo, informe respecto del borrador de Decreto indicado en el título del encabezamiento.

El presente informe se emite de conformidad con los artículos 11.1, letra a) y 13.1, letra a) del Decreto 188/2013, de 9 de abril, por el que se establece la estructura orgánica y funcional del Departamento de Administración Pública y Justicia, y apartado primero, punto 3, letra b), primer apartado, del Acuerdo del Consejo de Gobierno de fecha 13 de junio de 1995, relativo a las disposiciones e iniciativas en las que es preceptiva la emisión de un informe de control de legalidad por la Secretaría General de Régimen Jurídico y Desarrollo Autónomico (hoy Viceconsejería de Régimen Jurídico).

### LEGALIDAD

#### 1.- La elaboración del borrador de decreto.

Junto con el citado borrador de decreto, se acompaña la orden del Consejero, de inicio del procedimiento de elaboración de la disposición de carácter general; la orden del Consejero, por la que se aprueba con carácter previo el proyecto de decreto; una memoria justificativa, así como un informe jurídico de la asesoría jurídica departamental. Se completa el expediente con un borrador de orden del Consejero mediante la que se hará pública la primera convocatoria del programa de apoyo financiero del año 2015.

Igualmente se acompaña tres modelos de convenio en desarrollo y cumplimiento del citado borrador de decreto, a suscribir entre la Administración y las sociedades de garantías recíprocas, la Administración y las entidades financieras y la Administración y las entidades de previsión social voluntarias.

No se aporta memoria económica *strictu sensu*, si bien la memoria justificativa que se acompaña, atiende esta cuestión, y entre otras, se remite a la previsión legal que da cobertura jurídica y económica al borrador de Decreto aquí analizado, la Ley 5/2014, de 23 de diciembre, de Presupuestos de la Comunidad Autónoma del País Vasco para el año 2015, cuyo artículo 9.2 es explícito al respecto,

“Asimismo, durante el ejercicio 2015, la Administración de la C.A.E. o, en su caso, el Instituto Vasco de Finanzas podrán reafianzar los avales otorgados por las Sociedades de Garantía recíproca y garantizar los préstamos concedidos por la sociedad LUZARO EFC a las empresas vascas como instrumentos que les faciliten la consecución de fondos propios o financiación en el marco de los correspondientes convenios suscritos con estas entidades.

Las operaciones de reafianzamiento podrán también dar cobertura financiera a cualesquiera líneas plurianuales de financiación a personas empresarias individuales y profesionales autónomas y pequeñas y medianas empresas para atender necesidades de circulante, renovación de deuda a corto plazo, la adecuación de deuda a corto plazo en deuda a medio y largo plazo, y en su caso, aquellas actuaciones de naturaleza financiera que supongan una aceleración de sus planes de inversión que tengan lugar a lo largo del año 2015 a través de los programas de apoyo al acceso a la financiación de las empresas vascas.

La dotación máxima del reafianzamiento al que se refiere este número será de 600.000.000 €.”

Igualmente, la memoria justifica el borrador de orden desde el punto de vista presupuestario y económico, refiriendo la partida y programa de gastos derivados del afianzamiento, para hacer frente a los posibles fallidos que se produzcan.

No obstante, existiendo como antecedentes, similares programas como el aquí analizado, llama la atención que no se incorpore dentro de esta justificación económica, una más amplia explicación que la realizada, tras haber obtenido datos y experiencia de dichos antecedentes, esto es, cuál ha sido el grado de implementación y el resultado de dichos programas en años anteriores, nº de pymes, empresarios individuales y autónomos solicitantes de las ayudas y el nº de pymes, empresarios individuales y autónomos beneficiarios de las mismas, las situaciones financiadas, el nº de avales concedidos y tipología de los mismos, entidades financieras participantes, etc. en definitiva, el grado de éxito de la medidas acordadas en años anteriores.

2.- El Acuerdo del Consejo de Gobierno de 14 de mayo de 2013, por el que se aprueban las medidas para la elaboración bilingüe de las disposiciones de carácter general que adopten la forma de ley, decreto legislativo, decreto u orden, (que complementa la Ley 8/2003, de 22 de diciembre, del procedimiento de elaboración de las disposiciones de carácter General), establece respecto de la orden de inicio del procedimiento y la orden de aprobación previa, que han de contener el texto completo bilingüe, lo que no consta en el expediente remitido.

Tampoco se ha incorporado al expediente el informe del Departamento de Educación, Política Lingüística y Cultura por el que se establece el régimen de inclusión de la perspectiva de normalización del uso del euskera en el procedimiento de elaboración de disposiciones de carácter general.

Asimismo falta en el expediente incorporar el informe de impacto en función del género, y el informe de medidas para eliminar desigualdades y promover la igualdad de mujeres y hombres, conforme a la Ley 4/2005.

En última instancia, se ha incorporado informe de la Dirección de Asuntos Europeos de compatibilidad del borrador de decreto con la normativa comunitaria sobre ayudas de estado.

Tras el presente informe, quedará por elaborar e incorporar al expediente, informe de la Oficina de Control Económico.

El trámite de audiencia no se ha cumplido.

La orden de inicio justifica que no se haya realizado el trámite de audiencia.

Indica que es preciso el acuerdo con las SGR a través de los convenios de colaboración para la articulación del programa que han de suscribir, entendiéndose que las posibles entidades y personas beneficiarias, como socias partícipes de las SGR, han intervenido en el proceso de elaboración de la norma.

Sin embargo, el borrador de decreto, art. 2, no establece como requisito que las personas beneficiarias sean socias partícipes de las SGR con antelación a la solicitud y tramitación del aval.

Nada dice de ello el borrador de decreto, y sin perjuicio de que, conforme al borrador de convenio de la Administración con las SRG y a la Ley 1/1994, de 11 de marzo, sobre el régimen jurídico de las sociedades de garantía recíproca, para acceder al aval se requiera que la persona beneficiaria tenga la condición de socia partícipe de la SGR. Adquirir y tener la condición de socio partícipe de la SGR podría ser un trámite previo o simultáneo a solicitar, tramitar y obtener el aval, pero en ningún caso exigible en la fase de elaboración del borrador de este Decreto, a los efectos del trámite de audiencia. Y las personas posibles beneficiarias tienen derecho a la audiencia.

En todo caso, no se justifica en la Orden de inicio ni en la memoria prescindir del trámite de audiencia con base en el interés público, como exige el art. 8.2 de la Ley 8/2003, de elaboración de disposiciones generales del País Vasco.

En ese sentido, la audiencia como interesadas a las asociaciones profesionales y empresariales representativas de los intereses de los beneficiarios del programa, de Pymes y autónomos, sí cumpliría con el requisito del art. 8.3 de la citada Ley. Igualmente, la audiencia como interesadas de las entidades financieras y entidades de previsión social voluntaria, o sus asociaciones (Asociación Española de Banca y Federación de Entidades de Previsión Social Voluntaria de Euskadi). Eventualmente, asociaciones de usuarios de banca.

### 3.- El borrador de Decreto.

La memoria justificativa, el informe jurídico departamental y la propia parte expositiva del borrador del convenio describen los antecedentes normativos habidos en años anteriores, de

similar factura al borrador aquí analizado, sin perjuicio de que éste incorpora los oportunos cambios derivados de que en el paso del tiempo, se han producido nuevas previsiones presupuestarias y normativas.

Hay que reiterar en el presente informe, las consideraciones realizadas en el informe jurídico departamental, al que me remito en aras de evitar reiteraciones innecesarias, no obstante a continuación se realizan algunas consideraciones.

a) En el artículo 1 se indica el objeto del Decreto y en el artículo 3, se indican las situaciones financiadas. En este sentido, en ambos artículos figura el concepto de capital circulante pero el artículo 1 no especifica el concepto de liquidez, que sí figura en el artículo 3. Siendo conceptos conexos, para mayor seguridad jurídica y evitar integrar las lagunas, el artículo 1 debería recoger el concepto de liquidez.

En este apartado, por su sustancial identidad con el decreto el aprobado para el año 2.014, nos lleva a reiterar lo indicado en el informe de legalidad de 16 de enero de 2014 , en relación con las deudas, renovación y adecuación.

*“Sobre el encaje en el marco de ayuda de Estado*

*3.- Con arreglo al artículo 107, apartado 1 del TFUE (anterior artículo 87, apartado 1, del TCE) serán incompatibles con el mercado común, 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. En particular, pueden tener esta naturaleza diversos tipos de garantía que implican una transferencia de riesgo a cargo de fondos públicos y, en particular, reafianzamientos, reavales o contragarantías prestadas directamente a un garante de primer nivel.*

*4.- Dentro de un esquema de ayudas de estado prestadas en forma de garantía, conforme criterio consolidado de la Comisión Europea, no sólo es necesario tener en cuenta la ayuda prestada al prestatario beneficiado con la garantía, sino que en ciertas circunstancias ésta pueda beneficiar directamente también al prestamista. Así, se presume que la ayuda beneficia también al prestamista si se otorga una garantía estatal sobre un préstamo u otra obligación financiera a posteriori, sin que se hayan adaptado sus condiciones, o si un préstamo garantizado se utiliza para pagar otro no garantizado a la misma entidad de crédito, ya que la garantía del préstamo aumenta reduciendo los riesgos ya asumidos por el prestamista en el pasado.*

*5.- El artículo 2.4.d) del Reglamento 1998/2006 establece los umbrales para acogerse a la normativa de minimis en el caso de ayudas en forma de garantías:*

*La ayuda individual concedida en virtud de un régimen de garantía a empresas que no sean empresas en crisis se considerará ayuda de minimis transparente cuando la parte garantizada que subyace al préstamo concedido con arreglo al régimen en cuestión no sea superior a 1.500.000 euros por empresa. Para el sector del transporte por carretera el límite es de 750.000.*

*6.- Las condiciones en las que puede darse este tipo de esquema de ayudas de estado en forma de garantía son desarrolladas y aclaradas por la “Comunicación de la Comisión relativa a la aplicación de los artículos 87 y 88 del Tratado CE a las ayudas estatales otorgadas en forma de garantía” (2008/C 155/02). Esta “Comunicación” de la Comisión Europea es aplicable a diversos tipos de garantía y, en particular, lo es también a reafianzamientos o contragarantías prestadas directamente a un garante de primer nivel.*

*7.- Desde el encaje en el marco comunitario de ayudas de Estado y su compatibilidad con el mercado común, el proyecto de Decreto que se nos somete parte de un escenario de formal sometimiento a los límites establecidos en las normas europeas al declarar (artículo 15) intervenir estrictamente en el marco de las ayudas denominadas “de minimis”.*

*8.- A tal respecto, y dado que ni el proyecto ni los borradores de convenios a suscribir por SGR y entidades financieras y colaboradoras prevén previsión o cautela al respecto, ha de trasladarse el conocimiento y las conclusiones que se derivaron de los contactos mantenidos con la Comisión Europea (DGC) en 2012 con ocasión del programa de ayudas que dio lugar al Decreto 127/2012, de 10 de julio, por el que se desarrolla un programa extraordinario de concesión de avales públicos para la financiación empresarial. Así, conforme lo anteriormente indicado, la Comisión, trasladó a esta Administración, que el préstamo garantizado no puede ser “empleado para la financiación de la deuda existente” ya que “esto implicaría un ventaja indebida o excesiva para los bancos que lo solicitaran, dado que les relevaba de asumir los riesgos emprendidos en el pasado”. En consecuencia, la Comisión trasladó que “la garantía sólo debería ser aplicable para nuevos préstamos. Los préstamos preexistentes no deberán haber alcanzado la madurez y el rescate y superposición no están permitidos”.*

*9.- A tal efecto, se recomienda que en el Proyecto de Decreto o en los Convenios a suscribir con las entidades colaboradoras se incorpore una cautela similar a la entonces adoptada del siguiente tenor:*

*“Las operaciones de financiación se instrumentarán en préstamos nuevos de acuerdo con las características fijadas en*

*los siguientes apartados de esta Cláusula. Estos préstamos, concedidos por (Entidad Financiera), estarán destinados a incrementar la financiación de circulante y de adquisición de activos fijos. Consiguientemente, esta nueva financiación no podrá ser utilizada para la amortización de créditos vivos”.*

*10.- Asimismo, en su caso, por un principio precautorio se recomienda consultar a la Unión Europea, respecto del programa que es objeto de regulación, acerca del cumplimiento y acomodo al Derecho europeo o si ha de ser notificado formalmente, siguiendo el procedimiento establecido al efecto.*

En el mismo sentido, se manifiesta el informe de la Dirección de Asuntos europeos, que consta en el expediente.

b) En el artículo 5, -características de las operaciones de aval-, sería conveniente incluir como requisito, el requisito legal -Para poder ser avalado o garantizado por una sociedad de garantía recíproca es necesario ser socio de la misma, teniendo esta condición quien es titular de una cuota o participación social (arts. 6, 21 y 22 de la Ley 1/1994, de 11 de marzo)-, siempre en el modo en que lo establezcan sus estatutos.

Y aunque los desembolsos por las participaciones sociales para ser socio de la SGR no son un gasto -480 € en EIKargi, 120 €, autónomos y 600 €, pymes en Oinarri-sino una inversión -son recuperables en el futuro-, no dejan de ser materialmente un costo, coincidente en el tiempo con los costes fijos no recuperables por comisiones de estudio, de formalización y de aval que el propio artículo expresa. De esta forma, tendría plenamente sentido, el último epígrafe del punto 2 de dicho artículo -No se aplicará ningún tipo de comisión o gasto adicional por parte de la SGR-

c) El Artículo 3 contempla un supuesto de recuso dealzada impropia: será la Administración quien resuelva las reclamaciones de las empresas, frente a las decisiones de las SGR y entidades financieras con las que no estén conformes.

La cuestión problemática surge una vez que se proceda a resolver en sentido desestimatorio, lo que dará lugar a un eventual recurso jurisdiccional en el orden contencioso-administrativo frente a una decisión administrativa -que se soporta sobre un criterio privado de las SGR y de las entidades bancarias adoptado con plena autonomía, v.g se deniega el aval, se deniega el préstamo- que puede ser anulado en sentencia, dando lugar a una eventual responsabilidad patrimonial de la Administración, no existiendo previsto en los borradores de convenio ni en el borrador de decreto un mecanismo de resarcimiento de la Administración frente al citadas entidades.

Sería conveniente introducir una disposición que lo preveiera.

d) El artículo 16 Prevé la existencia de una Comisión de Seguimiento y Evaluación integrado por miembros de Hacienda, las SGR, EPSV y entidades financieras. No se fija el nº de personas participantes por entidad, no se le atribuye funciones claras, las establecidas resultan ambiguas e indefinidas, “analizará la aplicación y evolución del programa”.

Resulta extraña en una disposición de carácter general como la que se recoge en el borrador de decreto analizado, reflejo jurídico del ejercicio del poder ejecutivo. Más parece una

disposición retórica, sin contenido jurídico real, frente al contundente y determinante art. 14 del borrador de decreto, por medio del cual la Administración ejerce potestades públicas ejecutivas y ejecutorias en relación con el incumplimiento de las ayudas otorgadas, y más cuando en el borrador de convenio con las SGRs se indica en la cláusula novena que “la aplicación, seguimiento e interpretación de este Convenio se realizará por el Departamento de Hacienda y Finanzas del Gobierno Vasco.”

O en similares términos en la cláusulas sexta y novena y quinta y décima del convenio con EPSVs y del convenio de entidades financieras, respectivamente.

La existencia de este tipo de comisiones de seguimiento, habitualmente paritarias, con funciones interpretativas de las discrepancias entre las partes intervinientes, es propia de convenios de colaboración entre entidades públicas en los que se establece cierto equilibrio de las prestaciones de las partes, en la búsqueda del interés general, previsto en el art 6.3 de la Ley 30/1992, de régimen jurídico de las Administraciones públicas y el procedimiento administrativo común, y asimismo es propia de los convenios excluidos de la contratación administrativa que celebre la Administración con personas sujetas al derecho privado.

Se sugiere su supresión, o que sea concretado un contenido que justifique su existencia, sin afectar a las potestades administrativas del Departamento de Hacienda y Finanzas en el ámbito de las ayudas.

Es lo que informo, no obstante, me someto a cualquier informe mejor fundado en derecho.