**INFORME DE LEGALIDAD SOBRE EL PROYECTO DE DECRETO POR EL QUE SE DESARROLLA EL PROGRAMA DE APOYO FINANCIERO A PEQUEÑAS Y MEDIANAS EMPRESAS, PERSONAS EMPRESARIAS INDIVIDUALES Y PROFESIONALES AUTONOMOS PARA EL AÑO 2014**

**I**

**ANTECEDENTES**

1.- El presente informe se emite a solicitud del Departamento de Hacienda y Finanzas respecto del Proyecto de Decreto de referencia, a los efectos previstos en el artículo 6.1 h) del Decreto 20/2012, de 15 de diciembre, del Lehendakari, de creación, supresión y modificación de los Departamentos de la Administración de la Comunidad Autónoma del País Vasco y de determinación de funciones y áreas de actuación de los mismos, y en el artículo 11.1 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, en relación con el Acuerdo del Consejo de Gobierno de 13 de junio de 1995 relativo a disposiciones e iniciativas en las que será preceptiva la emisión del Informe de Control de Legalidad.

**II**

**DOCUMENTACIÓN Y TRAMITACIÓN**

1.- Junto con el proyecto de Decreto se nos ha remitido la documentación acreditativa de la realización de los trámites y consultas que exige la Ley 8/2003, de 22 de diciembre, del Procedimiento de Elaboración de las Disposiciones de Carácter General (LPEDCG).

2.- Se ha dictado Orden de iniciación del procedimiento con los contenidos relevantes, a que se refiere el artículo 5 de la LPDCG; esto es, define el objeto y finalidad de la norma; hace referencia al marco normativo inmediato del que deriva; analiza la repercusión en tal marco normativo; establece su conexión con los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma del País Vasco para 2014, aprobados por Ley 4/2013 (LPGCAPV 2014); y prevé, en su tramitación, la emisión de los informes que son preceptivos.

3.-. Se han emitido los siguientes informes:

* Informe jurídico del Departamento de Hacienda y Finanzas, en el que se analiza la naturaleza normativa de la disposición y el rango, la competencia del Departamento de Hacienda y Finanzas, el encaje legal en que se sustenta desde la perspectiva de la LPGCAE 2014; Ley de Principios Ordenadores de la Hacienda General del País Vasco (LPOHGPV); Ley /1996, de 8 de noviembre, de Finanzas de Euskadi y Decreto 54/1997 de 18 de marzo de prestación de garantías, que la desarrolla; y Decreto Legislativo 1/2011 de, 24 de mayo por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes sobre Régimen Presupuestario de Euskadi, a cuyas consideraciones nos remitimos para evitar reiteraciones innecesarias.
* Evaluación previa de impacto en función del género, conforme lo previsto en la ley 4/2005, de 18 de febrero, para la Igualdad de Mujeres y Hombres. No consta haberse emitido, a la fecha de este informe, el informe de Emakunde que prevé el artículo 21.

4.- No consta emitido el informe exigido por el artículo 2 del Decreto 233/2012, de 6 de noviembre, 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.

5.- Ha de observarse que no consta el proyecto de Decreto en euskera, por lo que ha se recordarse que conforme lo ordenado por Acuerdo del Consejo de Gobierno de 14 de mayo de 2013, la aprobación previa ha de realizarse sobre un texto bilingüe.

6.- El expediente se completa con los borradores de convenio a suscribir con las SGR y las entidades financieras colaboradoras.

7.- En cuanto al trámite de audiencia, la orden de inicio considera no necesario su realización al *entender* que las SGR y las entidades financieras colaboradoras *han participado en su tramitación al tener que suscribir el convenio de colaboración*. Aún sin dudar que tal participación ha existido, la argumentación utilizada no puede ser admitida como suficiente para dar como efectivamente realizada la audiencia. A tal efecto, debería haberse dejado constancia explícita de la misma en el expediente, en aras de garantizar formalmente la realización de un trámite, de audiencia a los interesados, esencial en el curso del procedimiento de elaboración de disposiciones de carácter general. Ello sin perjuicio de valorar recomendable identificar como interesados a las asociaciones profesionales y empresariales representativas de los intereses de los beneficiarios del programa.

**III**

**LEGALIDAD**

1.- El proyecto de Decreto tiene por objeto reeditar para el ejercicio 2014 un programa de ayudas que viene convocándose desde 2009 y su antecedente inmediato lo constituye el Decreto 183/2013, de 18 de marzo, para la concesión de una línea de financiación a las pequeñas y medianas empresas, las personas empresarias individuales y profesionales autónomos.

2.- En este tipo de programas resulta especialmente relevante, su examen desde su encaje al Derecho de la Unión Europea en materia de mercado común y desde la perspectiva del respeto a los principios de publicidad, concurrencia y objetividad contenidos en el artículo 49.1 de la Ley de Principios Ordenadores de la Hacienda General.

***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.

***Cumplimiento de los principios de publicidad, concurrencia y objetividad***

11.- La regulación y concesión de ayudas en forma de avales u otras garantías, aunque excluida del régimen que regula las subvenciones, garantizará, en todo caso, la observancia de los principios de publicidad, concurrencia y objetividad a que se refiere el art. 49.1 de la LOPGHPV.

12.- En el sistema que configura el proyecto, la Administración regarantiza los avales concedidos por las SGR, y si bien las SGR parecen actuar con autonomía de gestión, actuando en un aparente contexto ordinario de actividad que le es propia, lo cierto es que no puede dejarse de lado que la actividad de concesión de préstamos ha necesitado del impulso de la Administración con el compromiso económico que comporta el programa.

13.-. Siendo un programa público llamado a impulsar las iniciativas económicas por determinadas categorías de empresarios, y en aras de garantizar los principios de publicidad, concurrencia y objetividad, resulta relevante verificar que el programa incorpora los mecanismos adecuados de revisión y comprobación que han de ser ejercidos por la Administración sobre la actividad de las entidades colaboradoras, comunes en cualquier programa de fomento con cargo a fondos públicos.

14.- El proyecto de Decreto establece un procedimiento para la concesión de la ayuda que sigue la siguiente secuencia:

* Solicitud a presentar por los profesionales y empresarios destinatarios de las ayudas que reunan los requisitos establecidos ante la SGR colaboradora acompañada de una documentación que se relaciona en el artículo 8 del proyecto.
* Las SGR evaluarán las solicitudes y concederán o denegarán las solicitudes de aval con total autonomía, aplicando a estos efectos los criterios de análisis y decisión utilizados habitualmente en su actividad avalista (artículo 10).
* La SGR comunicará al Departamento de Hacienda y Finanzas las operaciones de aval concedidas y las denegadas.
* El artículo 13 establece una vía de reclamación ante el Departamento de Hacienda Y Finanzas, lo que se complementa con una facultad de comprobación y supervisión (art. 14)

15.- Especialmente relevante a los efectos antedichos es valorar la suficiencia de las previsiones que se contienen en los artículos 13 y 14, cuya insuficiencia adelantamos.

16.- Así, en atención a la efectiva satisfacción de los principios indicados, valoramos necesitada de mejora la previsión del artículo 13, en materia de reclamaciones. En este apartado se observa que la norma se ha quedado en un punto intermedio, entre la ausencia de previsión alguna que existía en los programas anteriores a 2013, y la previsión de un mecanismo, que aun imperfecto, permitiera establecer alguna vía de reacción ante aplicaciones anómalas del programa por las entidades colaboradora.

17.- Consideramos que la previsión del artículo 13 puede y debe ser mejorada para su equiparación a la completa vía de recurso ordinario a lo cual no es obstáculo el ámbito amplio de discrecionalidad técnica de que está revestida la actuación de las SGR. Así, consideramos que se dan los parámetros para facilitar una vía de recurso ordinario contra aquellas decisiones de las SGR que impidan o restrinjan el acceso al aval solicitado, permitiendo en vía administrativa, y posteriormente en vía jurisdiccional, controlar tal ámbito de discrecionalidad, aunque sea desde la exclusión de la irracionalidad patente y la proscripción de la arbitrariedad, para evitar posibles supuestos de desviación.

18.- En consecuencia, se sugiere reformular este precepto para proporcionar una mayor garantía y seguridad jurídica a los solicitantes de estas ayudas, conciliando el ámbito de autonomía que rige la actuación de las SGR con las posibilidades de recurso en derecho que permita reaccionar frente actuaciones eventualmente no justificadas de las entidades colaboradoras, con una fórmula como la que se sugiere a continuación.

*“Sin perjuicio del ámbito de autonomía de gestión que prevé el artículo 10.3 y el ámbito de discrecionalidad técnica que le es inherente, contra las denegaciones o la imposición de exigencias de las entidades colaboradoras que restrinjan o impidan el acceso a las ayudas que promueve el presente Decreto, los solicitantes podrán interponer recurso de alzada ante el Viceconsejero de Hacienda y Política Financiera quien, oída la Sociedad de Garantía Recíproca y/o la Entidad Financiera correspondiente, dictará la resolución correspondiente finalizadora del procedimiento. La Administración vía recurso confirmará la decisión de la SGR cuando ésta esté fundada estrictamente en parámetros técnicos ordinarios de actuación en el mercado.”*

19.- Por su parte, el artículo 14 prevé la realización de actuaciones de supervisión, investigación e inspección a cargo del Departamento de Hacienda y Finanzas que pueden determinar, ante la constatación de incumplimientos por los beneficiarios, la anulación de la financiación concedida, que habrá de realizar la SGR y la entidad financiera interviniente, a instancia de la Administración.

20.- El artículo 14 tiene dos párrafos. El primero prevé las acciones de la Administración ante incumplimientos del beneficiario detectados en la acción de supervisión. En este apartado no queda claro cuáles son tales supuestos de incumplimiento. Asimismo, llama la atención que sólo se refieran a incumplimientos del beneficiario, y no se extienda la previsión a los que pudieran imputarse a las entidades colaboradoras.

21.- Siendo un programa público de fomento que tiene como destinatarios beneficiarios a determinados grupos de empresarios (destacar igualmente que las entidades financieras no son las beneficiarias del programa de ayudas), ante incumplimientos de los beneficiarios detectados por el Departamento de Hacienda y Finanzas lo relevante es salvaguardar el presupuesto público ante un uso no ajustado a las previsiones del programa. Así, en casos de incumplimiento que den lugar a la anulación de la financiación, la actuación administrativa habría de dirigirse a promover la retirada de la regarantía que proporciona, mediante la instrucción del procedimiento adecuado. Ello sin perjuicio de las acciones que hayan de adoptar las entidades financieras para promover la anulación del préstamo. Si en este contexto fuera necesaria la renuncia del beneficiario, tal compromiso debería figurar entre las obligaciones que asume en la solicitud.

22.- Por otra parte, la previsión del pfo. 2 obedece a la necesidad de actuar ante el supuesto de materialización de la obligación de reafianzamiento, al objeto de obtener el reintegro por el beneficiario del importe que ha tenido que abonar a la SGR. Aun cuando los ejes de la previsión son correctos, se configuran de forma excesivamente esquemática. Así, se recomienda precisar los términos de la acción de reintegro que la doten de mayor seguridad jurídica en aras a la consecución del interés de salvaguardar los intereses de la Hacienda Pública.

**IV**

**OBSERVACIONES DE TÉCNICA JURIDICA**

1.- Como se ha indicado anteriormente, la norma proyectada debiera incidir en el régimen de derechos y obligaciones que han de asumir las SGR ante el Departamento de Hacienda y Finanzas, sin perjuicio de que tal régimen sea posteriormente ampliado y desarrollado en los convenios de colaboración.

2.- La referencia a “entidades beneficiarias” que se contiene en el artículo 14 debiera sustituirse por la de “personas y empresas beneficiarias”.

3-. En el requisito del art. 8.1 c) sustituir “Obligaciones con las Diputaciones Forales” por “Obligaciones tributarias”.

**CONCLUSIÓN**

Con las observaciones indicadas, se emite informe favorable.

En Vitoria-Gasteiz, a 16 de enero de 2014

EL LETRADO

Txema González de Castro