



INFORME N 13/2018, SOBRE EL PROYECTO DE ORDEN POR LA QUE SE REGULAN LOS PROCEDIMIENTOS, LAS CONDICIONES DE CONCESIÓN Y OTROS ASPECTOS DE LA GESTIÓN DE LAS GARANTÍAS Y LAS OPERACIONES FINANCIERAS DE ACTIVO DE LA ADMINISTRACIÓN DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA

CONSEJO:

D^a. Isabel Muñoz Durán, Presidenta
D. José Manuel Ordóñez de Haro, Vocal Primero
D. Luis Palma Martos, Vocal Segundo

El Consejo de Defensa de la Competencia de Andalucía, en su sesión de fecha 17 de octubre de 2018, con la composición expresada y siendo ponente D. Luis Palma Martos, en relación con el asunto señalado en el encabezamiento, aprueba el siguiente Informe:

I. ANTECEDENTES

1. Con fecha 10 de julio de 2018, tuvo entrada en el Registro de la Agencia de Defensa de la Competencia de Andalucía (en adelante, ADCA) un escrito de la Secretaría General Técnica de la Consejería de Economía, Hacienda y Administración Pública, por el que se solicitaba la emisión del informe preceptivo previsto en el artículo 3.i) de la Ley 6/2007, de 26 de junio, de Promoción y Defensa de la Competencia de Andalucía, en relación al Proyecto de Orden por la que se regulan los procedimientos, las condiciones de concesión y otros aspectos de la gestión de las garantías y las operaciones financieras de activo de la Administración de la Junta de Andalucía.

Junto al escrito de solicitud, se adjuntaba el texto del proyecto de Orden de referencia junto con una Memoria justificativa, así como los Anexos I y II establecidos en la Resolución de 19 de abril de 2016, del Consejo de Defensa de la Competencia de Andalucía, por la que se aprueban los criterios para determinar la incidencia de un proyecto normativo en la competencia efectiva, unidad de mercado y actividades económicas.

2. Con fecha de 3 de octubre de 2018, la Secretaría General de la ADCA elevó a este Consejo la propuesta de Informe, teniendo entrada en esta sede el día 4 de octubre.



II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

La elaboración del presente Informe se realiza sobre la base de las competencias atribuidas a la ADCA en el artículo 3, letra i) de la Ley 6/2007, de 26 de junio, de Promoción y Defensa de la Competencia de Andalucía. Su emisión corresponde a este Consejo, a propuesta del Departamento de Estudios, Análisis de Mercados y Promoción de la Competencia y de la Secretaría General, de conformidad con lo establecido en el artículo 8.4 de los Estatutos de la ADCA, aprobados por Decreto 289/2007, de 11 de diciembre¹.

El procedimiento de control *ex ante* de los Proyectos Normativos se detalló en la Resolución de 19 de abril de 2016, del Consejo de Defensa de la Competencia de Andalucía, cuya entrada en vigor se produjo el 14 de mayo de 2016. Dicha Resolución recoge los criterios para determinar los supuestos en los que un proyecto normativo puede incidir en la competencia, unidad de mercado, actividades económicas y principios de buena regulación.

III. OBJETO Y CONTENIDO DEL PROYECTO NORMATIVO

El objeto del proyecto de Orden sometido a Informe, tal como dicta su artículo 1, es la regulación de los procedimientos, las condiciones de concesión y otros aspectos de la gestión de las garantías y las operaciones financieras de activo de la Administración de la Junta de Andalucía, que tengan como fin facilitar financiación a las empresas.

El ámbito de aplicación de la presente Orden se extiende sobre todas aquellas operaciones de activo que tengan por objeto créditos o préstamos, préstamos participativos, participaciones en el capital o patrimonio de empresas, valores representativos de deudas de empresas, operaciones de capital riesgo, en los términos establecidos en el Capítulo IV del Título II de la citada norma, y otros avales y garantías.

Respecto al contenido, el proyecto de Orden que nos ocupa se estructura en cinco Títulos, organizados a su vez en Capítulos, Secciones y Subsecciones, en los que se integran los ciento cuarenta y tres artículos que desarrolla el texto, y precedidos por un preámbulo. Dicho contenido, que se detalla a continuación, se completa con tres Disposiciones adicionales, dos Disposiciones transitorias y dos Disposiciones finales.

El Título I, *Disposiciones generales*, consta de cinco Capítulos (artículos 1 a 20) dedicados al objeto y ámbito de aplicación de la propuesta normativa; al régimen jurídico y principios generales que regirán las operaciones financieras de activos; al

¹ Conforme a la redacción vigente, en virtud de lo dispuesto en el Decreto 290/2015, de 21 de julio, por el que se modifican los Estatutos de la Agencia de Defensa de la Competencia de Andalucía, aprobados por Decreto 289/2007, de 11 de diciembre.



efecto incentivador y la intensidad de las ayudas; la publicidad y transparencia; así como a la creación de una base de datos de operaciones financieras.

El Título II, *De las operaciones financieras de activo*, se divide en cuatro Capítulos (artículos 21 a 108) en los que se aborda, detalladamente y por separado, la regulación de los créditos o préstamos, los préstamos participativos, la adquisición de instrumentos de capital o patrimonio y valores representativos de deudas de empresas, y otras operaciones de capital riesgo.

En tal sentido, y respecto a los créditos o préstamos, se establecen unas disposiciones generales, distinguiendo los préstamos según tengan la consideración de ayudas o se concedan en condiciones de mercado, y se prevé el régimen de compatibilidad; se determinan las empresas destinatarias y entidades colaboradoras, estableciendo los requisitos que deben reunir; se regulan los procedimientos de concesión, distinguiendo el procedimiento ordinario, en régimen de concurrencia competitiva, de aquellos otros denominados de concesión directa, y se dispone que los préstamos que se formalicen en régimen de ayudas con cargo a los fondos carentes de personalidad jurídica se puedan conceder en régimen de concurrencia no competitiva; se regula tanto el procedimiento de elaboración de las bases reguladoras para su concesión como la estructura y contenido de las mismas; se establece el régimen de gestión, justificación y comprobación de los créditos o préstamos, previéndose en esta última, además, los supuestos de incumplimientos que podrían dar lugar a la devolución de las cantidades concedidas, así como el régimen de sanciones cuando los préstamos revistan la forma de ayuda; y por último, se dispone la gestión de las recuperaciones y de ingresos y cobros, distinguiendo según se trate de operaciones formalizadas con cargo a los fondos carentes de personalidad jurídica o con cargo a recursos que no formen parte de la Hacienda Pública de la Junta de Andalucía.

La regulación de las operaciones financieras consistentes en préstamos participativos, parte del concepto que de este tipo de préstamos ofrece el artículo 20.1 del Real Decreto-Ley 7/1996, de 7 de junio, sobre medidas urgentes de carácter fiscal y de fomento y liberalización de la actividad económica, y aborda aspectos relativos a las normas reguladoras, empresas destinatarias, procedimientos de concesión, tipos de proyectos a financiar con los mismos, condiciones financieras de los préstamos, gestión y recuperación.

Respecto a las operaciones financieras consistentes en la adquisición de instrumentos de capital o patrimonio y de valores representativos de deudas de empresas, el proyecto de Orden establece unas disposiciones generales; regula la adquisición de participaciones, según se realice con cargo a los fondos carentes de personalidad jurídica o por la Agencia de Innovación y Desarrollo de Andalucía u otras entidades instrumentales, y establece el régimen de adquisición de deuda emitida por empresas.

Finalmente, en cuanto a las otras operaciones de capital riesgo, distingue entre la participación directa en entidades de capital riesgo, la cofinanciación con entidades de capital riesgo, y la constitución de un fondo de fondos, conforme a la normativa europea.



El Título III, *De la concesión de garantías*, estructurado en siete Capítulos (artículos 109 a 133), contiene, amén de unas disposiciones generales, la regulación de los procedimientos de concesión, las contragarantías y condiciones de concesión, las bases reguladoras, la gestión y justificación, la comprobación, así como la gestión de las recuperaciones y de los ingresos y cobros, con una propuesta normativa análoga a la establecida para los préstamos. Así, se prevé que las garantías puedan revestir la forma de ayudas, por lo que la gestión de las recuperaciones se encuentra condicionada, igualmente, en función de la naturaleza de derecho público o derecho privado de los ingresos por formalización, mantenimiento, quebranto o cualquier otra causa. Se establece, expresamente, la necesidad de constituir un fondo de reserva que, para el caso de los fondos carentes de personalidad jurídica, se corresponderá con la cuenta regulada en el artículo 24.5.b) del Decreto 40/2017, de 7 de marzo, por el que se regula la organización y el funcionamiento de la Tesorería General de la Junta de Andalucía y la gestión recaudatoria, y cuya finalidad es establecer el carácter indisponible de las cantidades necesarias para atender el riesgo vivo de la operación garantizada, hasta el momento en que se proceda, en su caso, a la ejecución.

Por su parte, el Título IV, *Régimen de los derechos económicos derivados de las operaciones financieras*, esclarece y desarrolla en sus dos Capítulos (artículos 134 a 137) el régimen de los derechos económicos derivados de las operaciones financieras con cargo a los fondos carentes de personalidad jurídica, y de las financiadas con cargo a recursos que no formen parte de la Hacienda Pública de la Junta de Andalucía.

Por último, el Título V, *Otras disposiciones*, (artículos 138 a 143) aborda aspectos tales como las compensaciones y retenciones, los límites de las operaciones financieras que se puedan conceder en cada ejercicio presupuestario, la tramitación de las autorizaciones que sean preceptivas, la recuperación de ayudas declaradas incompatibles, el seguimiento y la supervisión de las operaciones financieras.

El proyecto normativo consta, asimismo, de tres Disposiciones adicionales, la primera relativa al régimen de extinción y liquidación de los fondos carentes de personalidad jurídica, la segunda a otros instrumentos financieros con cargo a los fondos carentes de personalidad jurídica, y la tercera, a la obligación de relacionarse por medios electrónicos en la tramitación de los procedimientos regulados en la Orden proyectada.

Las dos Disposiciones transitorias se refieren, al régimen transitorio del Fondo Público Andaluz para la Financiación Empresarial y el Desarrollo Económico, y a la tramitación electrónica de los procedimientos regulados en la Orden proyectada, respectivamente.

Por último, la Disposición final primera recoge la regulación del procedimiento de gestión para hacer efectivas las compensaciones previstas en la normativa civil, y la Disposición final segunda establece la entrada en vigor de la Orden.



IV. MARCO NORMATIVO

El Reglamento (UE) nº 1303/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de diciembre de 2013, por el que se establecen disposiciones comunes relativas al Fondo Europeo de Desarrollo Regional, al Fondo Social Europeo, al Fondo de Cohesión, al Fondo Europeo Agrícola de Desarrollo Rural y al Fondo Europeo Marítimo y de la Pesca, y por el que se establecen disposiciones generales relativas al Fondo Europeo de Desarrollo Regional, al Fondo Social Europeo, al Fondo de Cohesión y al Fondo Europeo Marítimo y de la Pesca, y se deroga el Reglamento (CE) nº 1083/2006 del Consejo, dispone en su considerando 36:

“Los instrumentos financieros deben diseñarse y aplicarse de modo que promuevan una participación sustancial de inversores y entidades financieras del sector privado y que se compartan adecuadamente los riesgos. A fin de que sean lo bastante atractivos para el sector privado, los instrumentos financieros deben diseñarse y aplicarse de manera flexible. Por tanto, las autoridades de gestión deben decidir cuáles son las mejores maneras de aplicarlos para satisfacer las necesidades específicas de las regiones destinatarias, de acuerdo con los objetivos del programa pertinente, con los resultados de la evaluación ex ante y con las normas sobre ayudas de Estado aplicables. Cuando sea posible, esta flexibilidad también debe incluir la posibilidad de reutilizar parte de los recursos devueltos durante el período de subvencionabilidad a fin de proporcionar la remuneración preferente de los inversores privados o de los inversores públicos que operen con arreglo al principio de la economía de mercado. Dicha remuneración preferente debe tener en cuenta las normas del mercado y garantizar que toda ayuda de Estado cumpla la legislación de la Unión y nacional aplicable y se limite a la mínima cuantía necesaria para compensar la falta de capital privado disponible teniendo en cuenta las deficiencias del mercado o situaciones de inversión subóptimas”.

En la parte expositiva del Decreto-Ley 1/2018, de 27 de marzo, de medidas para la gestión de los instrumentos financieros del Programa Operativo FEDER Andalucía 2014-2020 y otras de carácter financiero, se pone de manifiesto que las evaluaciones *ex ante* de los citados instrumentos financieros del Programa Operativo mencionado revelaron una necesidad de financiación en la Comunidad Autónoma de Andalucía en las áreas del emprendimiento y de la innovación (I+D), especialmente en el segmento de empresas en fases de crecimiento y expansión, así como en el área de los proyectos de desarrollo urbano sostenible, lo cual llevó a definir una estrategia de inversión específica para cada una de dichas áreas, a fin de cubrir las deficiencias de mercado o situaciones de inversión subóptimas detectadas en la referida evaluación *ex ante*.

Esta situación provocó la inclusión de un nuevo eje prioritario en el Programa Operativo «Andalucía»², aprobado mediante la Decisión de Ejecución C (2015) 5445, por la que se aprueban determinados elementos del Programa Operativo FEDER Andalucía 2014-

² Eje prioritario número 14 para implementar íntegramente un Instrumento Financiero, Reglamento (UE) 1303/2013.



2020, para el que se solicitan ayudas del Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER), en el marco del objetivo de inversión en crecimiento y empleo, destinadas a la Comunidad Autónoma de Andalucía en España.

Dadas las necesidades a cubrir en el tejido empresarial de Andalucía y las dificultades de acceso al crédito de ciertos colectivos para emprender, la naturaleza y finalidad del nuevo eje prioritario, así como la necesidad de contar con un instrumento de rápida ejecución, se creó el Fondo Público Andaluz para la Financiación Empresarial y el Desarrollo Económico, con el objetivo de favorecer la promoción y el sostenimiento de actividades que contribuyan al crecimiento económico, a la creación y mantenimiento de empleo, a la innovación, al desarrollo rural, a la protección del medio ambiente, a la promoción de las energías renovables y la eficiencia energética y al desarrollo urbano sostenible en Andalucía. Según el artículo 1 del Decreto-Ley 1/2018, el citado fondo, carente de personalidad jurídica, se crea para facilitar la financiación reembolsable, mediante operaciones financieras de activo y concesión de garantías, tanto en régimen de ayudas como en condiciones de mercado, a las empresas, especialmente a los emprendedores, autónomos y a las pequeñas y medianas empresas.

Por su parte, las Disposiciones finales primera y segunda del mencionado Decreto-Ley 1/2018, establecen la obligación de aprobar mediante Orden, la regulación de los procedimientos, las condiciones de concesión y otros aspectos de la gestión de las garantías y operaciones financieras de activo de la Administración de la Junta de Andalucía, de acuerdo, en su caso, con las especialidades derivadas del Reglamento (UE) núm. 1303/2013, de 17 de diciembre, y demás normativa comunitaria aplicable a los instrumentos financieros cofinanciados por el Programa Operativo, y la gestión de recuperaciones y de los ingresos y cobros que resulten de dichas operaciones, así como la regulación de un procedimiento de compensación. Todo ello, es objeto de regulación por parte del proyecto normativo sometido a Informe de este Consejo.

V. ANÁLISIS DE COMPETENCIA, UNIDAD DE MERCADO Y MEJORA DE LA REGULACIÓN

V.I. Observaciones generales sobre la mejora de la regulación económica

La mejora de la regulación económica constituye el conjunto de actuaciones e instrumentos, mediante los cuales los poderes públicos, al elaborar o aplicar las normas con impacto en las actividades económicas, promueven un entorno más eficaz para el desarrollo de la actividad empresarial y profesional, y evitan la imposición de restricciones injustificadas o desproporcionadas.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2.2 de la Ley 6/2007, de 26 de junio, de Promoción y Defensa de la Competencia de Andalucía, al evaluar las distintas iniciativas normativas, la ADCA aplica los principios de eficiencia, necesidad, proporcionalidad,



seguridad jurídica, transparencia, accesibilidad, simplicidad y eficacia. Ello, en aras de que el marco normativo propuesto contribuya a alcanzar un modelo productivo acorde con los principios y objetivos básicos previstos en el artículo 157 del Estatuto de Autonomía para Andalucía.

Asimismo, tras la entrada en vigor de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado (en adelante, LGUM), todas las Administraciones públicas españolas están obligadas a observar en sus disposiciones, los principios establecidos para proteger las libertades de acceso y ejercicio de los operadores económicos. El artículo 9.1 de la LGUM, bajo el título "Garantía de las libertades de los operadores económicos", preceptúa:

"Todas las autoridades competentes velarán, en las actuaciones administrativas, disposiciones y medios de intervención adoptados en su ámbito de actuación, por la observancia de los principios de no discriminación, cooperación y confianza mutua, necesidad y proporcionalidad de sus actuaciones, eficacia en todo el territorio nacional de las mismas, simplificación de cargas y transparencia".

Para toda actuación de las Administraciones Públicas que pueda limitar el ejercicio de derechos individuales o colectivos, el artículo 4.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante, Ley 40/2015), regulador de los "Principios de intervención de las Administraciones Públicas para el desarrollo de una actividad" dispone lo siguiente:

"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. Asimismo deberán evaluar periódicamente los efectos y resultados obtenidos".

En lo que se refiere estrictamente a iniciativas normativas, el artículo 129.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, Ley 39/2015), enuncia los "Principios de buena regulación", y determina que:

"En el ejercicio de la iniciativa legislativa y la potestad reglamentaria, las Administraciones Públicas actuarán de acuerdo con los principios de necesidad, eficacia, proporcionalidad, seguridad jurídica, transparencia, y eficiencia. En la exposición de motivos o en el preámbulo, según se trate, respectivamente, de anteproyectos de ley o de proyectos de reglamento, quedará suficientemente justificada su adecuación a dichos principios".

Los esfuerzos por incorporar al ordenamiento jurídico los principios de la *better and smart regulation* no se agotan con el análisis *ex ante* de los proyectos normativos por



las instituciones que tienen encomendadas esa función consultiva.

Por ello, también interesa señalar aquí que el artículo 130 de la Ley 39/2015, referido a la “Evaluación normativa y adaptación de la normativa vigente a los principios de buena regulación”, dispone lo siguiente:

“1. Las Administraciones Públicas revisarán periódicamente su normativa vigente para adaptarla a los principios de buena regulación y para comprobar la medida en que las normas en vigor han conseguido los objetivos previstos y si estaba justificado y correctamente cuantificado el coste y las cargas impuestas en ellas.

El resultado de la evaluación se plasmará en un informe que se hará público, con el detalle, periodicidad y por el órgano que determine la normativa reguladora de la Administración correspondiente.

2. Las Administraciones Públicas promoverán la aplicación de los principios de buena regulación y cooperarán para promocionar el análisis económico en la elaboración de las normas y, en particular, para evitar la introducción de restricciones injustificadas o desproporcionadas a la actividad económica”.

Sentado lo anterior, este Consejo realizará el análisis del proyecto normativo remitido, de acuerdo con los principios enunciados *ut supra* y de conformidad con lo establecido en la Resolución de 19 de abril de 2016, del Consejo de Defensa de la Competencia de Andalucía, por la que se aprueban los criterios para determinar la incidencia de un proyecto normativo en la competencia efectiva, unidad de mercado y actividades económicas.

V.II. Observaciones de la Consejería de Economía, Hacienda y Administración Pública sobre el contenido del proyecto normativo

La Consejería de Economía, Hacienda y Administración Pública consigna en el Anexo I de la Resolución de 19 de abril de 2016, del Consejo de Defensa de la Competencia de Andalucía, por la que se aprueban los criterios para determinar la incidencia de un proyecto normativo en la competencia efectiva, unidad de mercado y actividades económicas, que la propuesta de norma tiene por objeto la regulación de una actividad económica, un sector económico o mercado, y que incide en la competencia efectiva, en la unidad de mercado, o en las actividades económicas.

En el Anexo II de la citada Resolución, se indica que la Orden proyectada se elabora con el objetivo de dar cumplimiento a las Disposiciones finales primera y segunda del Decreto-Ley 1/2018.

Desde la óptica de los criterios básicos de la política de mejora de regulación, que deben presidir la iniciativa legislativa y potestad reglamentaria de las Administraciones Públicas, el centro directivo proponente, en relación con los principios de necesidad y eficacia, argumenta que *“la presente orden es el instrumento jurídico que se habilita en el Decreto-ley 1/2018, de 27 de marzo, de medidas para la gestión de los instrumentos*



financieros del Programa Operativo FEDER Andalucía 2014-2020 y otras de carácter financiero, para desarrollar esta materia y cumplir con la finalidad que se persigue con el mismo". Se sostiene, además, que el citado Decreto-Ley deroga, aunque estableciendo un régimen transitorio³, la disposición adicional decimotercera de la Ley 7/2013, de 23 de diciembre, del Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía para el año 2014, de tal suerte que con ello se deroga toda la normativa referente a los fondos carentes de personalidad jurídica. Asimismo, el órgano tramitador de la norma afirma que se ha creado el Fondo Público Andaluz para la Financiación Empresarial y el Desarrollo Económico, como fondo sin personalidad jurídica, y que, salvo los fondos *Jeremie*, se han extinguido todos los fondos existentes hasta la fecha, justificándose con esas argumentaciones la necesidad de la aprobación de la Orden proyectada. Se concluye que, mediante este proyecto, se quiere completar el marco jurídico de las operaciones financieras de activo que se concedan en Andalucía, para dotar de mayor seguridad a tales procedimientos. El centro no llega a manifestar que la iniciativa esté justificada en la salvaguarda de una razón de interés general, o en la resolución de un fallo de mercado.

En lo que hace al principio de proporcionalidad, la mencionada Consejería apunta que la regulación propuesta es proporcional a la finalidad perseguida, pues desarrolla los procedimientos de concesión de los diferentes instrumentos financieros por los distintos órganos de la Administración de la Junta de Andalucía, regulando aspectos básicos de la gestión de los ingresos y cobros derivados de tales operaciones financieras, sin establecer obligaciones o cargas administrativas que se consideren innecesarias, a fin de dotar a los procedimientos de las garantías necesarias, tanto para la Administración como para los interesados.

Con respecto a la eficiencia, el centro promotor de la norma insiste en el hecho de que la norma proyectada no implica cargas administrativas innecesarias. También argumenta que, para completar el marco jurídico de los procedimientos objeto de regulación, así como para potenciar la eficiencia de los recursos que se obtengan de las operaciones financieras, de naturaleza reembolsable y reutilizables, se establecen normas específicas para la gestión de los cobros e ingresos y para las recuperaciones que resulten de las mismas. Y ello, sin que suponga merma alguna en la consecución del objetivo de ofrecer financiación al tejido productivo de Andalucía en condiciones financieras óptimas y de seguridad jurídica.

³ El régimen transitorio que se establece en la Disposición transitoria única del Decreto-ley 1/2018 es el siguiente:

"1. Hasta que tenga lugar la extinción de los fondos conforme a lo dispuesto en el artículo 2, la gestión de los mismos seguirá realizándose por las entidades que la tuvieran atribuida y conforme a la disposición adicional decimotercera de la Ley 7/2013, de 23 de diciembre, del Presupuesto de la Comunidad Autónoma para el año 2014 y demás normativa vigente a la fecha de entrada en vigor de este Decreto-ley.

2. Hasta que entre en vigor la Orden a que se refiere la disposición final primera, las operaciones que se realicen con cargo al Fondo se regirán por la normativa a que se refiere el apartado anterior y se gestionarán por las entidades que tengan atribuidas funciones de gestión conforme a lo dispuesto en el artículo 4.4".



Sobre el principio de transparencia, se alude a la regulación contenida en el Capítulo IV del Título I del proyecto de Orden, relativa a la publicidad de las operaciones financieras y de las obligaciones de información en materia de transparencia. También se hace referencia al principio de seguridad jurídica, al reflejar en el Anexo II, que el proyecto normativo establece un marco jurídico adecuado, que dota de mayor seguridad jurídica a los procedimientos, tanto para los órganos y entidades concedentes como para las empresas destinatarias de las operaciones financieras.

En relación con el principio de simplicidad, se hace referencia a la pretensión de que el marco normativo de los procedimientos relativos a las operaciones financieras de activo de la Administración de la Junta de Andalucía se encuentre recogido en un solo texto, para evitar la dispersión normativa y completar las lagunas o vacíos normativos existentes en la materia. Nada se expresa en el citado Anexo II, en cuanto al principio de accesibilidad de la norma proyectada.

Con respecto a la posible incidencia de la norma sobre la competencia efectiva, en el Anexo II se afirma que la norma restringe la libre competencia entre las empresas que operan en el mercado, pues concede a determinados operadores económicos un trato ventajoso con respecto a otros competidores actuales o potenciales. En tal sentido, se reconoce que las destinatarias de las operaciones financieras de activos serán empresas que tengan sus domicilios o sede social en Andalucía, o que en ella radiquen la mayoría de sus activos, o se realicen la mayor parte de sus operaciones. Estas afectaciones a la competencia se reflejan en los artículos 24, 48, 69, 84, 98 y 115 del proyecto de Orden. Y se señala que dicha medida de regulación constituye, asimismo, una limitación al libre acceso de las empresas al mercado. Concretamente, una restricción al ejercicio de la actividad económica en un espacio geográfico determinado.

En relación con los eventuales efectos sobre la unidad de mercado, el centro directivo sostiene que el proyecto en cuestión no afecta al acceso de una actividad económica y que, por lo tanto, estaría al margen del ámbito de aplicación de la LGUM. En tal sentido, argumenta que la actividad económica regulada en el proyecto normativo no puede ser considerada de mercado por no ser prestada en condiciones de oferta y demanda, pues se esgrime que estas operaciones financieras de activo, reguladas en la norma proyectada, constituyen un servicio público.

En lo referente al impacto sobre las actividades económicas, el órgano tramitador de la norma no aporta datos sobre las características generales del sector o los mercados afectados por la regulación, e indica que la norma no tiene impacto sobre las empresas y las PYMES, ni efectos sobre el empleo, los consumidores y usuarios, o los precios de los productos y servicios.

Teniendo en cuenta estas consideraciones, y los argumentos esgrimidos por la Consejería de Economía, Hacienda y Administración Pública, procedemos, a continuación, a entrar en el análisis concreto de aquellos contenidos reguladores previstos en la norma, relacionados con las cuestiones sobre las que ha de versar la



propuesta de Informe, considerando los criterios de evaluación establecidos en el Anexo II de la Resolución del Consejo de Defensa de la Competencia de Andalucía.

V.III. Observaciones previas

Como es sabido, las subvenciones y ayudas públicas constituyen una de las herramientas más importantes empleadas por las Administraciones para el fomento de sus políticas públicas. A este respecto, y como cuestión previa, resulta necesario analizar la naturaleza jurídica que revisten las operaciones financieras de activo, objeto de regulación.

Sobre esta materia, interesa traer a colación que la extinta Comisión Nacional de la Competencia (en adelante, CNC), en su Informe Anual de Ayudas Públicas de 2008, ya manifestó:

"(...) el otorgamiento de ayudas públicas por las distintas Administraciones de un país, cualquiera que sea la forma de aquéllas, constituye una forma de intervención pública en la economía que puede alterar el funcionamiento de los mercados, en ocasiones suponiendo perjuicios al juego competitivo y a la eficiencia de los mismos que, lejos de favorecer el interés público, van en su contra.

(...) Esto no impide reconocer que hay numerosos supuestos en los que la concesión de ayudas públicas es una respuesta legítima ante fallos de mercado; piénsese, por ejemplo, en situaciones asociadas con la promoción de la investigación o con la defensa del medio ambiente. Las ayudas también pueden resultar una adecuada respuesta para alcanzar determinados objetivos sociales como la garantía en la prestación de ciertos servicios públicos en áreas rurales o el impulso al desarrollo económico de zonas desfavorecidas.

De ahí arranca la necesidad de realizar un análisis de equilibrio o de sopesamiento entre los efectos positivos y negativos de las ayudas. Aquellas ayudas que lesionen la competencia efectiva en los mercados de manera injustificada y desproporcionada en relación con el objetivo pretendido, habrán de ser descartadas o rediseñadas. Por el contrario, si las ayudas están bien orientadas y equilibradas se convertirán en un instrumento útil para la economía, podrán contribuir a la creación de empleo y permitirán un crecimiento sostenible dentro de los principios comunitarios de cohesión económica, social y cultural.

Un análisis cuidadoso de las implicaciones de la concesión de ayudas públicas sobre los mercados resulta si cabe más pertinente en un momento económico como el actual, en el que los poderes públicos están activamente participando en la puesta en marcha de medidas que contribuyan a limitar los efectos de una difícil situación económica sobre empresas y ciudadanos (...)"



Asimismo, según se recoge en el mencionado Informe, para considerar que nos encontramos ante una ayuda, han de darse cuatro requisitos acumulativos⁴:

“ (...)

- a) *La ayuda debe generar un beneficio económico al que la recibe, es decir, debe suponer una ventaja económica que la empresa en cuestión no habría obtenido en el ejercicio normal de su actividad (por ejemplo, el acceso privilegiado a líneas de financiación públicas o la compra de terrenos públicos a precios inferiores a los de mercado).*
- b) *La ayuda debe ser otorgada por los Estados o con cargo a fondos estatales o, lo que es lo mismo, debe existir una transferencia de recursos públicos. Dichas transferencias pueden revestir muy diversas formas, por ejemplo, subvenciones, aportaciones de capital, reducciones de tipos de interés, instrumentos de capital-riesgo, etc..., y no necesariamente han de ser concedidas por la Administración territorial central sino también por todo tipo de entes territoriales (en el caso de España, autonómicos o locales) e instituciones (organismos autónomos, empresas públicas, fundaciones públicas...).*
- c) *La ayuda debe tener un carácter selectivo para determinadas empresas o producciones, es decir, la ayuda en cuestión debe romper el equilibrio existente entre determinadas empresas y sus competidores.*

Es precisamente ese carácter selectivo lo que diferencia a las ayudas públicas de las “medidas de alcance general”, entendiéndose por tales aquellas que se aplican automáticamente a las empresas de todos los sectores económicos de un país (por ejemplo, la mayoría de las medidas fiscales de alcance nacional).

(...)

- d) *La ayuda debe afectar a los intercambios comerciales entre Estados miembros. Para determinar la adecuación de la actuación a este requisito bastaría con demostrar que la empresa beneficiada desempeña una actividad económica, en un mercado en el que existen intercambios comerciales entre Estados Miembros, y, por añadidura, que la ayuda tiene una entidad suficiente como para afectar al comercio intracomunitario”.*

La presencia de estos cuatro elementos definidores de las ayudas públicas en el ámbito comunitario es lo que permite calificar determinadas actuaciones públicas como ayudas.

Más recientemente, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante, CNMC), en su Documento metodológico para la evaluación de ayudas públicas (con referencia PRO/CNMC/001/16)⁵, se expresaba en términos similares a los expuestos hasta el momento, al manifestar que la concesión de ayudas públicas constituye una forma de intervención del sector público en la economía que, sin perjuicio

⁴ Concepto de ayuda, que se ha ido perfilando por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ante la ausencia, a nivel comunitario, de una definición legal precisa.

⁵ https://www.cnmc.es/sites/default/files/1883905_7.pdf



de la persecución de ciertos objetivos de interés público, si se utiliza de forma innecesaria o desproporcionada, puede alterar el funcionamiento en los mercados, introduciendo distorsiones e ineficiencias anticompetitivas, perjudicando al bienestar económico general.

Conviene tener presente que la actuación pública también puede distorsionar u obstaculizar el desarrollo de las actividades económicas más de lo necesario para conseguir los legítimos objetivos perseguidos. Por lo tanto, la eficacia y consistencia de una norma restrictiva de la competencia para asegurar la consecución de un determinado objetivo público debe poder constatarse. Y los órganos proponentes deben plantearse si existen vías alternativas que permitan alcanzar el mismo fin, sin lesionar otros intereses dignos de protección.

La CNMC sostiene en su referido Documento metodológico para la evaluación de ayudas públicas que cualquier intervención pública (sea o no en forma de ayuda) debería justificarse en alguna de estas razones:

- La existencia de fallos del mercado, es decir, situaciones donde el mercado deja de ser necesariamente el mecanismo óptimo para la asignación de los recursos,
- La búsqueda de otros objetivos, como una mejora de los resultados del mercado en términos de redistribución, o la consecución de fines no económicos.

A los efectos de intentar evaluar, en la medida de lo posible, el impacto económico de este tipo de ayudas sería necesario llevar a cabo una evaluación *ex ante* y otra *ex post*. Este enfoque de análisis de los efectos de las ayudas públicas en el mercado, promovido desde las instancias europeas, a través de la conocida como "*prueba de sopesamiento de la ayuda*" (*balancing test*), enfatiza la necesidad de que en el control de las ayudas se comparen las ventajas y los perjuicios que estas pueden comportar para los mercados en que operan sus beneficiarios y para la economía en general. Dicha tarea requiere de un análisis coste-beneficio, que ha de seguir determinados principios de racionalidad económica, y que se encuentran en sintonía con los principios de regulación económica eficiente⁶, referidos a toda iniciativa normativa proveniente de cualquiera de las Administraciones Públicas españolas, además de ser recogidos por la propia normativa estatal de defensa de la competencia en relación con el análisis de ayudas públicas.

En lo esencial, la evaluación *ex ante* que habría de efectuar el órgano encargado del diseño de la medida, a partir de información previa a su aplicación, requeriría tener en consideración las tres cuestiones siguientes (CNMC⁷ y Comisión Europea⁸, 2014):

⁶ En la normativa española, se puede consultar el artículo 4 de la Ley 40/2015 y el artículo 129.2 de la Ley 39/2015. Por otro lado, el artículo 17 de la LGUM, desde su entrada en vigor en el primer trimestre de 2014, desarrolla los elementos básicos de un modelo de regulación económica eficiente bajo los principios de necesidad y proporcionalidad.

⁷ Vid. el Documento metodológico para la evaluación de ayudas públicas, con referencia PRO/CNMC/001/16, ya citado.

⁸ Vid. el Considerando 5 del Reglamento (UE) nº 651/2014 de la Comisión, de 17 de junio de 2014, por el que se declaran determinadas categorías de ayudas compatibles con el mercado interior en aplicación de



“1. Necesidad: la ayuda debe responder a un fallo de mercado o a un objetivo de interés común, como la redistribución o la consecución de otros objetivos no económicos. Para ello es fundamental una adecuada identificación del objetivo perseguido.

2. Adecuación y mínima restricción competitiva: la ayuda ha de ser la medida adecuada para hacer frente al fallo de mercado o para alcanzar el objetivo de interés común. Por tanto, es preciso sopesar otras formas alternativas de intervención pública u otros posibles diseños del propio instrumento de ayuda. Tampoco deberían obviarse las posibilidades que soluciones de mercado pueden ofrecer para mejorar el bienestar.

3. Proporcionalidad: la medida debe contener los elementos imprescindibles para conseguir el objetivo. Además, los beneficios de la ayuda deben superar sus costes potenciales sobre la competencia, pero también sobre la eficiencia y las arcas públicas.”

En el Documento metodológico para la evaluación de ayudas públicas de la CNMC, se indica que la evaluación de impacto *ex post*, a diferencia de la evaluación *ex ante* (cualitativa y cuantitativa), pretende medir el verdadero efecto de un determinado esquema de ayudas públicas. La evaluación *a posteriori* es una herramienta que contribuye a la transparencia y la rendición de cuentas, y constituye un proceso de aprendizaje que puede ayudar a mejorar la eficiencia de políticas y recursos públicos, analizando si una medida funciona, cómo y por qué.

En particular, la autoridad nacional de competencia sostiene, en el mencionado documento, que con este enfoque, más allá de comprobar el cumplimiento de los supuestos de partida y la contabilidad legal de la medida, debería aspirarse a dar una respuesta convincente a las siguientes preguntas:

- ¿Resultó el régimen de ayuda adecuado para alcanzar el objetivo de interés general? En concreto, ¿se logró generar el "efecto incentivador" que indujera una alteración en la conducta del beneficiario, que resultó clave para conseguir los objetivos que motivaron la intervención del Estado?
- Además de los efectos directos de la medida, ¿existieron "efectos indirectos", previstos o imprevistos, positivos o negativos (como alteraciones de la eficiencia, la libre competencia y los flujos de comercio)?
- ¿Fue la medida proporcional? Es decir, ¿superaron los beneficios de la medida a sus costes? Adicionalmente, ¿se alcanzaron los objetivos alcanzados con las mínimas restricciones? ¿O habría sido posible alcanzar los mismos objetivos con un menor importe de ayuda o a través de una forma alternativa de intervención (menos distorsionante)?



La evaluación *ex post* debería realizarse tiempo después de la entrada en vigor de la medida para obtener datos suficientes que aporten una evidencia sólida sobre el esquema de ayudas. Pero, al mismo tiempo, debería encontrarse un equilibrio con la necesidad de obtener las conclusiones lo antes posible, ya sea para aplicarlas a nuevos esquemas de ayuda o para introducir mejoras en el esquema en cuestión, si aún está vigente (CNMC, 2016)⁹.

A partir de las premisas expuestas, y a la vista del contenido normativo que nos ocupa, ha de concluirse que las operaciones financieras objeto de regulación encajan en la categoría de ayudas públicas, con el consabido impacto que tales medidas pueden implicar en los aspectos objeto de análisis en este Informe.

V.IV. Observaciones particulares sobre el proyecto normativo

Desde la óptica de la buena regulación, que debe presidir la iniciativa legislativa y potestad reglamentaria de las Administraciones Públicas, debemos recordar los principios reconocidos en el artículo 129 de la Ley 39/2015. Así pues, en virtud de los principios de necesidad y eficacia, toda norma debe estar justificada por una razón de interés general, basarse en una identificación clara de los fines perseguidos y ser el instrumento más adecuado para garantizar su consecución.

Asimismo, en virtud del principio de proporcionalidad, la iniciativa que se proponga deberá contener una regulación imprescindible para atender el objetivo de interés público que se persiga. Todo ello, tras constatar que no existen otras medidas menos restrictivas o que impongan menos obligaciones a los destinatarios, teniendo en cuenta que, generalmente, a mayor grado de intervención, mayor distorsión a la actividad económica se estará produciendo.

Por otra parte, las medidas que se establezcan deberán ser las adecuadas para alcanzar el objetivo de interés general propuesto o para hacer frente al fallo de mercado. Debe darse una relación de causalidad entre la intervención reguladora y la finalidad perseguida.

A fin de garantizar el principio de seguridad jurídica, la iniciativa normativa se ejercerá de manera coherente con el resto del ordenamiento jurídico, nacional y de la Unión Europea, para generar un marco normativo estable, predecible, integrado, claro y de certidumbre, que facilite su conocimiento y comprensión y, en consecuencia, la actuación y toma de decisiones de las personas y empresas.

Además, toda iniciativa normativa debe atender a la consecución de un marco normativo sencillo, claro y poco disperso, que facilite el conocimiento y la comprensión del mismo.

⁹ Vid. el Documento metodológico para la evaluación de ayudas públicas, con referencia PRO/CNMC/001/16, ya citado.



En aplicación del principio de transparencia, las Administraciones Públicas posibilitarán un acceso sencillo, universal y actualizado a la normativa en vigor y los documentos propios de su proceso de elaboración; definirán claramente los objetivos de las iniciativas normativas y su justificación en el preámbulo o exposición de motivos; y posibilitarán que los potenciales destinatarios tengan una participación activa en la elaboración de las normas.

Por último, para que la iniciativa normativa se considere ajustada al principio de eficiencia, deberá evitar cargas administrativas innecesarias o accesorias, así como racionalizar, en su aplicación, la gestión de los recursos públicos.

En conexión con lo anterior, se podría formular una primera observación respecto al Preámbulo de la norma. En particular, en la parte expositiva se manifiesta que la presente norma responde a los principios de buena regulación contemplados en el artículo 129 de la Ley 39/2015. Sin embargo, exceptuando algunas alusiones a estos principios, no se aprecia que estos queden suficientemente fundamentados.

Tal y como se ha señalado anteriormente, el principio de necesidad exige que toda norma esté justificada con base en una razón de interés general y, además, habrá de concretar claramente la finalidad que pretende conseguir (artículo 129.2 de la Ley 39/2015).

Cabe tener en cuenta que el artículo 5 de la LGUM, también vincula la aplicación de este principio a la regulación de la actividad económica. De acuerdo con la LGUM, el principio de necesidad es el primer presupuesto para regular el acceso o ejercicio de cualquier actividad.

En consecuencia, la libre iniciativa económica solo se exencionará justificadamente cuando concorra alguna "razón imperiosa de interés general" (en adelante, RIIG), de las definidas en la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio. Es decir, la LGUM solo admite, como RIIG, las contempladas, con carácter cerrado, en el artículo 3.11 de la Ley 17/2009.¹⁰

Sobre la base de este primer criterio material de razonabilidad (como es la necesidad), en todo proceso normativo habría de darse respuesta a las preguntas de por qué es necesario aprobar la nueva norma y para qué; es decir, cuál es la base que fundamenta y legitima una determinada actuación normativa (pues no debe aprobarse ninguna norma que no resulte necesaria), y cuáles serían los objetivos y finalidades perseguidos. Pero también cabría valorar la conveniencia de intervenir y la oportunidad de hacerlo. Además, este juicio estaría vinculado a la cuestión de la conveniencia de intervenir por una concreta vía normativa y no a través de otras intervenciones alternativas.

¹⁰ Sobre este particular, cabe recordar que las razones imperiosas de interés general, enumeradas en el artículo 3.11 de la Ley 17/2009 son el orden público, la seguridad pública, la protección civil, la salud pública, la preservación del equilibrio financiero del régimen de seguridad social, la protección de los derechos, la seguridad y la salud de los consumidores, de los destinatarios de servicios y de los trabajadores, las exigencias de la buena fe en las transacciones comerciales, la lucha contra el fraude, la protección del medio ambiente y del entorno urbano, la sanidad animal, la propiedad intelectual e industrial, la conservación del patrimonio histórico y artístico nacional y los objetivos de la política social y cultural.



Al igual que en el Anexo II remitido, y en relación con el principio de necesidad, eficacia y seguridad jurídica, el órgano tramitador se limita a referir en el Preámbulo del proyecto de Orden, que esta se dicta en cumplimiento de lo dispuesto por el Decreto-ley 1/2018, pudiéndose deducir, en última instancia, que con ello se persigue ofrecer financiación al tejido productivo de Andalucía en condiciones financieras óptimas y de seguridad jurídica. Ha de insistirse en que la norma debe recoger en la parte expositiva, de forma precisa, una definición clara de sus objetivos y que tales objetivos se expliciten y sean coherentes con las medidas de regulación que se detallan en el cuerpo de la misma.

Respecto a los principios de proporcionalidad y eficiencia, la Consejería afirma que la Orden proyectada satisface tales principios por considerarla proporcionada a la finalidad perseguida. Finalmente, en cuanto al principio de transparencia, se argumenta la publicación de las operaciones financieras y la creación de una base de datos de las mismas.

Conforme a lo anterior, y de acuerdo con lo exigido en el artículo 129.1 de la Ley 39/2015, ha de considerarse que no queda suficientemente justificado en el preámbulo de la norma su adecuación a los citados principios, por lo que se recomienda la revisión del texto a fin de dar cumplimiento a lo dispuesto en el citado artículo.

V.IV.1. Sobre ciertos aspectos del régimen jurídico de los préstamos y garantías, en relación con el principio de seguridad jurídica

El artículo 22 del proyecto de Orden establece el régimen jurídico al que se someterán las operaciones financieras de activos consistentes en créditos o préstamos a empresas en condiciones de mercado. En tal sentido, dicho precepto dispone que este tipo de operaciones se regirán por la presente Orden en aspectos tales como los principios generales de prudencia financiera y planificación, los requisitos generales de las empresas destinatarias y entidades colaboradoras, así como por lo previsto en cuanto a los procedimientos y condiciones de concesión, gestión, justificación, comprobación y gestión de recuperaciones y de ingresos y cobros.

Por su parte, el artículo 113 del proyecto dispone un régimen similar para las operaciones financieras de activos consistentes en garantías que se concedan en condiciones de mercado.

La previsión, en ambos artículos *in fine*, de que este tipo de operaciones puedan ser excluidas de la aplicación del citado régimen jurídico puede originar cierto grado de incertidumbre en los destinatarios de la norma. En primer lugar, porque el texto normativo no ofrece información sobre los supuestos concretos en los que podría suceder esto, salvo por el hecho de que "*se haya excluido expresamente su aplicación*". En segundo lugar, porque tampoco se aclara en el proyecto de Orden, el régimen jurídico al que habrán de someterse este tipo de operaciones financieras expresamente excluidas.

Como puede apreciarse, el análisis de la regulación propuesta plantea aspectos



susceptibles de mejora desde la óptica de los principios de buena regulación, como los que acaban de señalarse, y ello, además, teniendo en cuenta que uno de los objetivos de la Consejería proponente es el establecimiento de un marco jurídico adecuado, que dote de mayor seguridad jurídica a los procedimientos de gestión de las operaciones financieras de activo de la Administración de la Junta de Andalucía. Resulta recomendable que se revise la redacción de los artículos 22 y 113, a fin de concretar los extremos indicados.

La misma consideración podría hacerse extensible igualmente a otros aspectos que no quedan suficientemente aclarados en el proyecto normativo.

En particular, cabe hacer mención a los artículos 40 y 129, en tanto que en ellos se dispone el régimen de sanciones aplicable a los préstamos y garantías que son ayudas, sin hacer referencia alguna al régimen sancionador que habrá de aplicarse al mismo tipo de operaciones, cuando se lleven a cabo en condiciones de mercado.

Otro tanto sucede al preverse, en el artículo 118, con carácter general, la posibilidad de utilizar el procedimiento de concurrencia, tanto competitiva como no competitiva, para la concesión de las garantías, y al confrontar esta previsión con lo dispuesto en los artículos 122 y 123. En concreto, en sendos preceptos se regula el procedimiento de elaboración, estructura y contenido de las bases reguladoras de este tipo de operaciones, pero referido exclusivamente a los procedimientos de concurrencia no competitiva¹¹. En consecuencia, no queda del todo claro qué normas regirán en cuanto a la elaboración, estructura y contenido de las bases reguladoras, cuando para la concesión de garantías haya de utilizarse el procedimiento de concurrencia competitiva.

Por otra parte, y en relación con otras operaciones de activo financiero, en las que puede aplicarse igualmente el procedimiento de concurrencia competitiva, se observa que la norma omite la regulación de esta materia. Singularmente, nos referimos a la concesión de préstamos participativos, o la adquisición de instrumentos de capital o patrimonio, o de valores representativos de deudas de empresa.

También relacionado con el principio de seguridad jurídica, debe llamarse la atención sobre la posible confusión que pudiese generar la redacción de los artículos 26 y 29 del proyecto normativo.

Así, el artículo 26.2 dispone:

“La concesión de créditos o préstamos sin interés o con interés inferior al de mercado con cargo a los fondos carentes de personalidad jurídica podrán tramitarse en régimen de concurrencia no competitiva cuando así lo prevean las bases reguladoras y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 29.”

Por su parte, el artículo 29. 1 establece:

“Cuando así lo prevean las correspondiente bases reguladoras, las solicitudes de

¹¹ Respecto al mismo contenido de regulación que los artículos citados, pero referido a la concesión de préstamos o créditos, en los artículos 32 y 33 del proyecto normativo, se alude a las bases reguladoras que regirán en cualquier procedimiento de concurrencia (competitiva y no competitiva).



créditos o préstamos sin interés o con interés inferior al de mercado se resolverán por su orden de entrada, hasta agotar la financiación disponible.”

Y por otro lado, el artículo 3, relativo al ámbito subjetivo de aplicación, relaciona los órganos administrativos y entidades vinculadas o dependientes de la Administración de la Junta de Andalucía que pueden conceder las distintas operaciones financieras de activos, entre los que se encuentran los fondos carentes de personalidad jurídica.

Dado que la posibilidad de acudir al procedimiento en régimen de concurrencia no competitiva, para la concesión de préstamos o créditos sin interés o con interés inferior al de mercado, solo se prevé en el artículo 26.2 para estas operaciones, cuando se lleven a cabo con cargo a los fondos carentes de personalidad jurídica, este condicionante debería también reflejarse claramente en el artículo 29, dedicado a dicho procedimiento en cuestión. Con ello, se reforzaría el principio de seguridad jurídica, facilitando una mayor comprensión de la norma por los destinatarios de la misma.

Sobre la base de todo cuanto antecede, y considerando que en virtud del principio de seguridad jurídica, la iniciativa normativa debe generar un marco normativo estable, predecible, integrado, claro y de certidumbre, que facilite su conocimiento y comprensión y, en consecuencia, la actuación y toma de decisiones de las personas y empresas, se recomienda la revisión del texto normativo, en el sentido señalado en este apartado.

V.IV.2. Sobre los procedimientos de concesión de las operaciones financieras de activo

El proyecto normativo articula diferentes procedimientos para la realización de las operaciones financieras, dependiendo del tipo de que se trate¹², así como de los órganos administrativos y entidades vinculadas o dependientes de la Administración de la Junta de Andalucía que las lleven a cabo¹³.

Tres son los tipos de procedimientos de concesión que regula la norma: el de concurrencia competitiva, el de concurrencia no competitiva, y el de concesión o adquisición directa. El proyecto de Orden detalla a lo largo de su articulado los supuestos en que podrá acudir a uno u otro procedimiento, los requisitos que se habrán de cumplir para ello, así como la tramitación a seguir.

Por su parte, entre los principios generales que habrán de regir la materia objeto de

¹² El artículo 1 del proyecto normativo enumera las siguientes operaciones financieras de activos: créditos o préstamos; préstamos participativos; participaciones en el capital o patrimonio de empresas; valores representativos de deudas de empresas; otras operaciones de capital riesgo, en los términos establecidos en el Capítulo IV del Título II; y los avales y otras garantías. Asimismo, a lo largo del articulado de la norma se distingue entre los créditos o préstamos y avales o garantías, sin interés o con interés inferior al de mercado, y aquellos que se otorgan en condiciones de mercado.

¹³ En particular, el artículo 3.1 del proyecto de Orden especifica que se consideran entidades vinculadas o dependientes de la Administración de la Junta de Andalucía: los fondos carentes de personalidad jurídica; las entidades instrumentales de la Administración de la Junta de Andalucía integrantes de su sector público, de conformidad con la clasificación contenida en el artículo 52.1 de la Ley 9/2007, de 22 de octubre; y los consorcios referidos en el artículo 12.3 de la Ley 9/2007, de 22 de octubre.



regulación, el artículo 6 de la norma proyectada consagra los de publicidad, transparencia, concurrencia, objetividad, igualdad y no discriminación.

En sintonía con estos principios, los procedimientos establecidos, con carácter general, para llevar a cabo las operaciones financieras son los de concurrencia competitiva o no competitiva, otorgando un carácter residual al de concesión o adquisición directa. En particular, la concesión o adquisición directa se contempla en los artículos 27, 86, 99 y 119 para la concesión de créditos o préstamos; la adquisición de participaciones en el capital o patrimonio de empresas, o de valores representativos de deudas de empresas; y la concesión de avales y otras garantías.

Para la concesión de préstamos o garantías directamente a una empresa, el proyecto de Orden establece dos supuestos concretos: que la Ley de presupuestos de la Comunidad Autónoma de Andalucía lo prevea de forma nominativa (artículos 27.1 y 119.1); o que lo solicite una empresa y "*(...) se acrediten razones de interés público, social o económico, u otras razones debidamente justificadas que dificulten su convocatoria pública así como la inexistencia de bases reguladoras a la que puedan acogerse (...)*" (artículos 27.2 y 119.2). Sin embargo, para la adquisición de participaciones o valores de empresas, el proyecto de Orden dispone únicamente la concesión excepcional a petición de la empresa interesada (artículos 86.3 y 99.4). En definitiva, puede decirse que la norma regula dos tipos de concesión o adquisición directa: las nominativas, cuyos términos aparecen en la Ley de presupuestos generales, y las excepcionales que soliciten empresas interesadas.

Dos son las consideraciones que pueden efectuarse respecto a las citadas disposiciones. En primer lugar, cabe significar que desde la óptica de la competencia, cuanto más restrictivo o cerrado sea el procedimiento elegido por la Administración pública para la selección de una empresa como beneficiaria de una ayuda, mayor será el nivel de afectación a la competencia, por cuanto con ello se reduce la posibilidad de las empresas para acceder a este tipo de ventajas económicas.

En el diseño del procedimiento de concesión de una ayuda es clave el grado de selectividad de los beneficiarios de la ayuda que presente tal procedimiento. En este sentido, son de gran importancia cuestiones como que el procedimiento elegido no fuera transparente, o fuera discriminatorio, o incluso que no existiera tal procedimiento; que, por añadidura, no se trate de un programa general de ayuda sino de una ayuda particular, que expresamente se concede a un operador; o incluso que, en ayudas con procedimientos de otorgamiento abiertos y objetivamente tasados, sin embargo, los criterios favorezcan a las empresas con mayor poder de mercado. Todo ello puede coadyuvar a que exista un número considerable de competidores que no pueden aspirar a obtener la ventaja económica que supone la ayuda.

Para el caso concreto que nos ocupa, los procedimientos de concurrencia (competitiva o no competitiva)¹⁴ posibilitan que todas las empresas interesadas en concertar una

¹⁴ Cabe resaltar, que el régimen de concesión de las operaciones financieras previsto en la Orden, presenta una gran similitud con el regulado para las subvenciones en el artículo 2 del Decreto 282/2010, de 4 de



operación financiera con la Administración de la Junta de Andalucía puedan, en principio, participar en el procedimiento de concesión o adquisición, en condiciones de publicidad, transparencia, concurrencia, objetividad, igualdad y no discriminación. Por el contrario, los procedimientos de concesión o adquisición directa, proyectados en la Orden, se orientan desde el principio a un único operador económico como posible destinatario de la ayuda.

Como se ha expuesto, dado el mayor grado de afectación a la competencia que implican los procedimientos de concesión directa, y en especial, el de carácter excepcional, el órgano tramitador de la norma debería evaluar su establecimiento bajo los principios de necesidad, proporcionalidad y mínima distorsión de la competencia entre las empresas.

En segundo lugar, sobre el elevado grado de discrecionalidad que la concesión o adquisición directa de carácter excepcional, otorga a los órganos de la Administración encargados de formalizar las operaciones financieras, en las que pueda utilizarse este procedimiento. En efecto, en estos casos, se deja un amplio margen de actuación a la Administración para que, a instancia de una empresa interesada, decida sobre la oportunidad, o no, de una operación financiera que, en circunstancias habituales, estaría sujeta a un procedimiento de concesión mucho más abierto y competitivo para todas las empresas interesadas en obtener este tipo de ayuda, aun cuando es cierto que existen mecanismos de control previstos con carácter previo a la aprobación, como son el Informe jurídico de la entidad concedente, y el Informe favorable sobre la viabilidad económica y financiera del proyecto y de la empresa a financiar, por un

mayo por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de concesión de Subvenciones de la Administración de la Junta de Andalucía. Este Decreto, atendiendo al procedimiento de concesión, distingue entre subvenciones regladas y de concesión directa, en los siguientes términos:

"2. Las subvenciones regladas se clasifican a su vez en:

a) Subvenciones cuyo procedimiento de concesión es iniciado de oficio. Son aquellas que se conceden en régimen de concurrencia competitiva, entendiéndose por tal el procedimiento de concesión de subvenciones que se desarrolla mediante la comparación de las solicitudes presentadas en un único procedimiento, a fin de establecer una prelación entre las mismas de acuerdo con los criterios de valoración previamente fijados en las bases reguladoras, y de adjudicar, con el límite del crédito disponible fijado en la convocatoria, aquellas que hayan obtenido mayor valoración en aplicación de los citados criterios que habrán de tramitarse, valorarse y resolverse de forma conjunta.

b) Subvenciones cuyo procedimiento de concesión es iniciado a solicitud de la persona interesada. Son aquellas que se conceden en régimen de concurrencia no competitiva, en atención a la existencia de una determinada situación en la persona beneficiaria, sin que sea necesario establecer en tales casos la comparación de las solicitudes, ni la prelación entre las mismas, tramitándose y resolviéndose de forma independiente.

3. Las subvenciones de concesión directa se clasifican a su vez en:

a) Nominativas. Son aquellas cuyo objeto, dotación presupuestaria y persona beneficiaria aparecen determinados expresamente en los créditos iniciales de las leyes del Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

b) De imposición legal. Son aquellas cuyo otorgamiento o cuantía venga impuesto por una norma de rango de Ley.

c) Excepcionales. Son aquellas en que se acrediten razones de interés público, social, económico o humanitario, u otras debidamente justificadas que dificulten su convocatoria pública".



experto independiente. Un excesivo o inadecuado uso de este mecanismo podría provocar una afectación a la competencia efectiva en el mercado.

Por otra parte, no debe olvidarse que las condiciones que permiten acudir a esta vía excepcional son, por una parte, que se acrediten razones de interés público, social o económico, u otras razones debidamente justificadas que dificulten su convocatoria pública, y por otra, que no existan bases reguladoras a la que puedan acogerse. Al respecto, debe recordarse que la utilización de términos genéricos, imprecisos o indeterminados, puede provocar incertidumbre en los destinatarios de la norma, y que con esta práctica se resiente el principio de seguridad jurídica. A mayor abundamiento, el modo concreto en que se implemente esta vía excepcional, y por el que se aplique dicho criterio en los procedimientos para la formalización de las operaciones financieras, puede llegar a determinar un eventual tratamiento discriminatorio respecto a los distintos operadores económicos que pretendan acceder a dichas ventajas económicas.

Sobre la base de lo anterior, y habida cuenta de la amplitud con que se configuran los motivos que facultan para recurrir a la concesión o adquisición directa de carácter excepcional, y de los riesgos para la competencia que pudieran derivarse a la hora de implementar el referido mecanismo de concesión de ayudas, se recomienda la revisión de las disposiciones afectadas (artículos 27.2, 86.3, 99.4 y 119.2), para hacerla más ajustada a los principios de regulación eficiente y favorecedora de la competencia.

V.IV.3. Sobre las empresas destinatarias de las operaciones financieras de activo

El proyecto de Orden dispone, en su artículo 9, que las destinatarias de las operaciones financieras reguladas en la misma serán exclusivamente empresas, cualquiera que sea su forma jurídica.

A lo largo de su articulado, el proyecto de norma recoge ciertas referencias para determinar las empresas que, en principio¹⁵, podrán formalizar las distintas operaciones financieras con la Administración pública de Andalucía (*vid*, por ejemplo, los artículos 24, 48, 69, 84, 98 y 115). Los referidos preceptos presentan como denominador común la alusión a determinados criterios de territorialidad. Requisitos que, como se expondrá a continuación, implican una mayor o menor afectación a la competencia y unidad de mercado, según el tipo de operación financiera de que se trate.

En particular, para la obtención de préstamos o créditos, el artículo 24 exige que *“tengan su domicilio o sede social en Andalucía, o que en ella radiquen la mayoría de sus activos o se realicen la mayor parte de sus operaciones”*. Para poder obtener

¹⁵ La delimitación de las empresas que finalmente podrán optar a alguno de estos instrumentos financieros, se concretará en las bases reguladoras de los procedimientos de concurrencia que se aprueben para cada una de dichas operaciones, cuyo contenido deberá disponer, como mínimo, los requisitos de las empresas y personas beneficiarias (artículos 33.1 c), y 123. 1 c) del proyecto de Orden). Del mismo modo, la normativa reguladora de las operaciones financieras podrá contemplar previsiones específicas sobre las empresas destinatarias en atención a las características de las mismas y de los proyectos a financiar (artículos 24 y 115, ambos *in fine*).



préstamos participativos, el artículo 48 simplemente exige que *“su domicilio social se encuentre en el territorio de la Comunidad Autónoma de Andalucía.”*

Respecto a la adquisición de instrumentos de capital o patrimonio de empresas, los artículos 69 y 84 exigen *“que la misma tenga su domicilio en Andalucía, y que en ella radiquen la mayoría de sus activos o se realicen la mayor parte de sus operaciones”*. Idéntica exigencia se establece en el artículo 98, en cuanto a las operaciones consistentes en adquisición de valores representativos de deudas.

Por último, tanto el artículo 115 como el artículo 24 disponen que solo podrán ser destinatarias de garantías *“las empresas con domicilio o sede social en Andalucía o que en ella radiquen la mayoría de sus activos o se realicen la mayor parte de sus operaciones.”*

Tal y como reconoce la Consejería tramitadora del proyecto de norma, esta regulación restringe la competencia, pues concede a determinados operadores económicos un trato más ventajoso respecto a otros competidores actuales o potenciales. En otras palabras, solo aquellas empresas que cumplan los requisitos de territorialidad descritos, podrán ser destinatarias de las operaciones financieras reguladas en la Orden. Con ello, se está impidiendo la participación en el procedimiento de selección de que se trate, a otros operadores que, en ausencia de esa limitación, estarían en condiciones de recibir esta ayuda, con el mismo fin para el cual se otorgan.

Por otra parte, también desde la óptica de la unidad de mercado, la propuesta normativa puede considerarse discriminatoria, al amparo de lo dispuesto en los artículos 3, 9 y 18.2 a) de la LGUM, por las razones que se exponen a continuación.

Cualquier intervención de las autoridades sobre el acceso y el ejercicio de las actividades económicas incluidas en el ámbito de aplicación de la LGUM, debe respetar los principios de esta norma, entre ellos, el de no discriminación recogido en el artículo 3.¹⁶

Asimismo, con arreglo al artículo 9.1 de la LGUM, todas las autoridades competentes velarán por la observancia de los principios de no discriminación, cooperación y confianza mutua, necesidad y proporcionalidad de sus actuaciones, eficacia nacional y simplificación de cargas y transparencia.

Y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 18.2.a) de la LGUM, se consideran actuaciones prohibidas las que limitan la libertad de establecimiento y la libertad de circulación, entre otras, la exigencia para la obtención de ventajas económicas de que

¹⁶ En concreto, el artículo 3 de la LGUM dispone:

“Artículo 3. Principio de no discriminación.

1. Todos los operadores económicos tendrán los mismos derechos en todo el territorio nacional y con respecto a todas las autoridades competentes, sin discriminación alguna por razón del lugar de residencia o establecimiento.

2. Ninguna disposición de carácter general, actuación administrativa o norma de calidad que se refiera al acceso o al ejercicio de actividades económicas podrá contener condiciones ni requisitos que tengan como efecto directo o indirecto la discriminación por razón de establecimiento o residencia del operador económico”.



el establecimiento o el domicilio social de la empresa prestadora del servicio se encuentre en el territorio de la autoridad competente, o que la empresa disponga de un establecimiento físico dentro de su territorio:

“2. Serán consideradas actuaciones que limitan el libre establecimiento y la libre circulación por no cumplir los principios recogidos en el Capítulo II de esta Ley los actos, disposiciones y medios de intervención de las autoridades competentes que contengan o apliquen:

a) Requisitos discriminatorios para el acceso a una actividad económica o su ejercicio, para la obtención de ventajas económicas o para la adjudicación de contratos públicos, basados directa o indirectamente en el lugar de residencia o establecimiento del operador. Entre estos requisitos se incluyen, en particular:

1.º que el establecimiento o el domicilio social se encuentre en el territorio de la autoridad competente, o que disponga de un establecimiento físico dentro de su territorio.

2.º que el operador haya residido u operado durante un determinado periodo de tiempo en dicho territorio.

3.º que el operador haya estado inscrito en registros de dicho territorio.

4.º que su personal, los que ostenten la propiedad o los miembros de los órganos de administración, control o gobierno residan en dicho territorio o reúnan condiciones que directa o indirectamente discriminen a las personas procedentes de otros lugares del territorio.

5.º que el operador deba realizar un curso de formación dentro del territorio de la autoridad competente” (subrayado nuestro).

No debe olvidarse que las operaciones financieras de activo, en cuanto ayudas públicas, implican para las empresas destinatarias ventajas económicas similares a las de las subvenciones. La Secretaría del Consejo de Unidad de Mercado se ha pronunciado en numerosas ocasiones sobre la cuestión de los requisitos discriminatorios con respecto a las reclamaciones e informaciones planteadas, en el marco de los procedimientos de protección de operadores económicos previstos en los artículos 26 y 28 de la LGUM, especialmente, en materia de expedientes relacionados con subvenciones públicas a centros de formación de empleo¹⁷.

Y en síntesis, en todos los citados pronunciamientos contenidos en los Informes emitidos, se considera requisito discriminatorio para la obtención de ventajas económicas la exigencia del establecimiento físico o el domicilio social del operador en el territorio de la autoridad competente. Y que, en aplicación del criterio interpretativo recogido en el Acuerdo de la Comisión Bilateral de Cooperación Administración General del Estado-Comunidad Autónoma de Galicia en relación con la LGUM, la

¹⁷ Los Informes sobre ayudas emitidos por la Secretaría para el Consejo de Unidad de Mercado están disponibles en la página web del Ministerio de Economía y Empresa, concretamente en el siguiente enlace: <http://www.mineco.gob.es/portal/site/mineco/gum>.



obtención de ventajas económicas vinculadas a las políticas de fomento pueden venir vinculadas a la exigencia del ejercicio de la actividad económica en un determinado territorio. Si bien, en virtud de la LGUM debe entenderse que esta conexión con el ámbito territorial no puede establecerse exclusivamente en relación con la existencia de un domicilio social o un establecimiento físico concreto en un determinado territorio sino en atención a otros elementos, como por ejemplo, la generación de actividad económica en el mismo con base en posibles diferentes indicadores, como pueden ser ventas, empleo generado, prestación de servicios a un determinado tipo de cliente, entre otros.

En otro orden de consideraciones, también ha de llamarse la atención sobre el hecho de que las restricciones o discriminaciones que implican los condicionantes de territorialidad propuestos en la norma proyectada no tienen el mismo grado de intensidad. En efecto, según el tipo de operación financiera de que se trate, la norma exige el cumplimiento de una serie de requisitos territoriales que, algunas veces se plantean de forma alternativa, y en otras de forma acumulativa. A este respecto, cabe manifestar que no es lo mismo condicionar la posibilidad de ser destinataria de una operación financiera, al cumplimiento de un único requisito de territorialidad, que supeditarlo al cumplimiento alternativo de varios, o a la concurrencia de varios requisitos a la vez. Cuantos más requisitos se exijan, más se reducirán las posibilidades de participación en los procedimientos de concesión de este tipo de ayudas, y en definitiva, el número de empresas aspirantes a las mismas.

Por todo lo anterior, sería conveniente que el centro promotor de la norma revise el tenor de las disposiciones señaladas al inicio de este apartado, eliminando las referencias directas a los lugares de residencia o establecimiento de las empresas que podrán ser destinatarias.

V.IV.4. Otras consideraciones sobre el diseño de las futuras ayudas

Finalmente, cabe hacer una observación en cuanto a la regulación de las condiciones de concesión de las operaciones financieras de activo. Como se ha expuesto hasta el momento, la norma proyectada delimita las empresas que podrán ser destinatarias de este tipo de ayudas.

Sin embargo, los artículos 24 y 115, ambos *in fine*, establecen que la normativa reguladora de las operaciones financieras podrá contemplar previsiones específicas sobre las empresas destinatarias, en atención a las características de las mismas y de los proyectos a financiar. Varios son los artículos que a lo largo de la Orden proyectada otorgan el carácter de norma reguladora de las operaciones, a las instrucciones aprobadas por el agente financiero, o por el máximo órgano de gobierno de la entidad instrumental habilitada para la concesión de la operación, o por el Consejo Rector de la Agencia de Innovación y Desarrollo de Andalucía, entre otros (artículos 4, 68, 83 y 97). Por otra parte, en los artículos 33.1 c), y 123. 1 c) se exige que, entre los contenidos mínimos de las bases reguladoras de los procedimientos de concurrencia que se



aprueben, se establezcan los requisitos de las empresas y personas beneficiarias.

La norma así diseñada deja la puerta abierta a que en un futuro pudieran establecerse nuevos requisitos, de obligado cumplimiento, para las empresas interesadas en los diferentes instrumentos financieros regulados en la misma.

De acuerdo con los principios de mejora de la regulación, los órganos concedentes de este tipo de ayudas deberán tener en cuenta, en el diseño de las concretas medidas de fomento, el ya citado Documento metodológico para la evaluación de ayudas públicas de la CNMC, el cual constituye una herramienta de trabajo imprescindible, considerando el importante marco de ayudas objeto de regulación. Dicho documento ayudará a analizar el impacto real de las futuras acciones de fomento que pretendan establecerse, además de evaluar los mecanismos y las operaciones financieras ya formalizadas.

Se recuerda también que, con arreglo a la LGUM, las normas reguladoras de las operaciones financieras que en su día se dispongan por los órganos competentes, tendrían que articularse por medio de requisitos vinculados al objetivo de la ayuda propuesta en cada convocatoria y, en ningún caso, podrían ser desproporcionados en relación al fin que persiguen, además de estar debidamente justificados y evitar, en todo caso, la incorporación de aquellos requisitos prohibidos por el artículo 18.2.a) de la LGUM por estar basados directa o indirectamente en el lugar de residencia. En este concreto punto, se recuerda lo ya manifestado por este Consejo de Defensa de la Competencia de Andalucía en los numerosos Informes emitidos en los que se analiza este tipo de requisitos.

Por último, y en cuanto a los criterios a considerar en la valoración de las solicitudes de las operaciones financieras, también cabría remitirse a lo ya expresado sobre este particular por este Consejo en anteriores Informes, relacionados con distintas Órdenes de subvenciones a distintos sectores económicos¹⁸, y que tales criterios han de poder garantizar, en todo caso, la concurrencia, la igualdad de trato y la no discriminación entre los potenciales beneficiarios.

Teniendo en cuenta las consideraciones anteriormente expuestas, y visto el Informe propuesta de la Secretaría General, este Consejo emite el siguiente

¹⁸ Como son, entre otros, el Informe N 25/2016, sobre el Proyecto de Orden por la que se establecen las bases reguladoras para la concesión de subvenciones, en régimen de concurrencia competitiva, para la promoción del teatro, la música, la danza y el circo en Andalucía; el Informe N 28/2016, sobre el Proyecto de Orden por la que se establecen las bases reguladoras de concesión de subvenciones, en régimen de concurrencia competitiva, para favorecer la distribución y promoción de películas cinematográficas de largometraje en salas de exhibición de Andalucía, el Informe N 2/2017, sobre el Proyecto de Orden por la que se establecen las bases reguladoras de concesión de subvenciones, en régimen de concurrencia competitiva, a la producción de documentales en Andalucía; el Informe N 3/2017, sobre el Proyecto de Orden por la que se establecen las bases reguladoras de concesión de subvenciones, en régimen de concurrencia competitiva, a la producción de cortometrajes en Andalucía; y el Informe N 7/2017, sobre el Anteproyecto de Ley del Cine de Andalucía.



DICTAMEN

PRIMERO.- En la parte expositiva se manifiesta que la norma proyectada responde a los principios de buena regulación contemplados en el artículo 129 de la Ley 39/2015. Sin embargo, exceptuando algunas alusiones a estos principios, no se aprecia que estos queden suficientemente fundamentados.

De conformidad con lo exigido en el artículo 129.1 de la Ley 39/2015, ha de considerarse que no queda suficientemente justificado en el Preámbulo de la norma su adecuación a los citados principios, por lo que se recomienda la revisión del texto a fin de dar debido cumplimiento a lo dispuesto en el citado artículo.

SEGUNDO.- Sobre ciertos aspectos del régimen jurídico de los préstamos y garantías, en relación con el principio de seguridad jurídica, del análisis efectuado en el cuerpo del Informe, se infiere que la regulación propuesta plantea aspectos susceptibles de mejora desde la óptica de los principios de buena regulación, teniendo en cuenta, además, que uno de los objetivos de la Consejería proponente es el establecimiento de un marco jurídico adecuado, que dote de mayor seguridad jurídica a los procedimientos de gestión de las operaciones financieras de activo de la Administración de la Junta de Andalucía. En el sentido indicado, resulta recomendable que se revise la redacción de los artículos 22 y 113.

TERCERO.- La misma consideración podría hacerse extensible igualmente a otros aspectos que no quedan suficientemente aclarados en el proyecto normativo.

En particular, cabe hacer mención a los artículos 40 y 129, en tanto que en ellos se dispone el régimen de sanciones aplicable a los préstamos y garantías que son ayudas, sin hacer referencia alguna al régimen sancionador que habrá de aplicarse al mismo tipo de operaciones, cuando se lleven a cabo en condiciones de mercado.

CUARTO.- Respecto a la previsión contenida en el artículo 118, con carácter general, de la posibilidad de utilizar el procedimiento de concurrencia, tanto competitiva como no competitiva, para la concesión de las garantías, confronta con lo dispuesto en los artículos 122 y 123. En concreto, en sendos preceptos se regula el procedimiento de elaboración, estructura y contenido de las bases reguladoras de este tipo de operaciones, pero referido exclusivamente a los procedimientos de concurrencia no competitiva. En consecuencia, el órgano tramitador debería especificar qué normas regirán en cuanto a la elaboración, estructura y contenido de las bases reguladoras, cuando para la concesión de garantías haya de utilizarse el procedimiento de concurrencia competitiva.

QUINTO.- Por otra parte, y en relación con otras operaciones de activo financiero, en las que puede aplicarse igualmente el procedimiento de concurrencia competitiva, se observa que la norma no especifica la regulación de esta materia. Singularmente, nos referimos a la concesión de préstamos participativos, o la adquisición de instrumentos de capital o patrimonio, o de valores representativos de deudas de empresa. Sería



recomendable que la norma proyectada recogiese dicha regulación.

SEXTO.- Relacionado con el principio de seguridad jurídica, los artículos 26 y 29 del proyecto normativo, podrían generar confusión. En ese sentido, se recomienda la revisión del texto normativo, de acuerdo con lo apuntado en el apartado V.IV.1 del presente Informe.

SÉPTIMO.- En relación a los procedimientos de concesión de las operaciones financieras de activo, y tal y como ha quedado recogido en el cuerpo del Informe, dado el mayor grado de afectación a la competencia que implican los procedimientos de concesión directa, y en especial, el de carácter excepcional, el órgano tramitador de la norma debería evaluar su establecimiento bajo los principios de necesidad, proporcionalidad y mínima distorsión de la competencia entre las empresas.

Sobre la base de lo anterior, y habida cuenta de la amplitud con que se configuran los motivos que facultan para recurrir a la concesión o adquisición directa de carácter excepcional, y de los riesgos para la competencia que pudieran derivarse a la hora de implementar el referido mecanismo de concesión de ayudas, se recomienda la revisión de las disposiciones afectadas (artículos 27.2, 86.3, 99.4 y 119.2), para hacerla más ajustada a los principios de regulación eficiente y favorecedora de la competencia.

OCTAVO.- A lo largo de su articulado, el proyecto de norma recoge ciertas referencias para determinar las empresas que, en principio, podrán formalizar las distintas operaciones financieras con la Administración pública de Andalucía (*vid*, por ejemplo, los artículos 24, 48, 69, 84, 98 y 115). Los referidos preceptos presentan como denominador común la alusión a determinados criterios de territorialidad. Requisitos, que como se analiza en el cuerpo del Informe, implican una mayor o menor afectación a la competencia y unidad de mercado, según el tipo de operación financiera de que se trate. En consecuencia con lo anterior, sería conveniente que el centro promotor de la norma revise el tenor de las disposiciones señaladas, eliminando las referencias directas a los lugares de residencia o establecimiento de las empresas que podrán ser destinatarias.

NOVENO.- En cuanto a la regulación de las condiciones de concesión de las operaciones financieras de activo, de acuerdo con lo expuesto en el cuerpo del Informe, la norma así diseñada deja la puerta abierta a que en un futuro pudieran establecerse nuevos requisitos, de obligado cumplimiento, para las empresas interesadas en los diferentes instrumentos financieros regulados en la misma.

De acuerdo con los principios de mejora de la regulación, los órganos concedentes de este tipo de ayudas deberán tener en cuenta, en el diseño de las concretas medidas de fomento, el Documento metodológico para la evaluación de ayudas públicas de la CNMC, el cual constituye una herramienta de trabajo imprescindible, considerando el importante marco de ayudas objeto de regulación.

DÉCIMO.- Con arreglo a la LGUM, las normas reguladoras de las operaciones financieras que en su día se dispongan por los órganos competentes, deberán



articularse por medio de requisitos vinculados al objetivo de la ayuda propuesta en cada convocatoria y, en ningún caso, podrán ser desproporcionados en relación al fin que persiguen, además de estar debidamente justificados y evitar, en todo caso, la incorporación de aquellos requisitos prohibidos por el artículo 18.2.a) de la LGUM por estar basados directa o indirectamente en el lugar de residencia.

DECIMOPRIMERO.- Por último, y en cuanto a los criterios a considerar en la valoración de las solicitudes de las operaciones financieras, también cabría remitirse a lo ya expresado sobre este particular por este Consejo en anteriores Informes, relacionados con distintas Órdenes de subvenciones a distintos sectores económicos, y que tales criterios han de poder garantizar, en todo caso, la concurrencia, la igualdad de trato y la no discriminación entre los potenciales beneficiarios.



Isabel Muñoz Durán
Presidenta



José Manuel Ordóñez de Haro
Vocal Primero



Luis Palma Martos
Vocal Segundo

