

INFORME HIPI0063/19 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.

Asunto: Norma reglamentaria. Carácter del informe. Diferencia con las subvenciones. Reglamento ejecutivo y normativo. Plazo de la habilitación legal. Contenido. Forma. Tramitación.

Ha sido recibida en esta Asesoría jurídica una solicitud de informe acerca del proyecto de Orden mencionado, remitida por la Ilma. Sra. Secretaria General Técnica de la Consejería de Hacienda, Industria y Energía. La solicitud está acompañada de un Anexo donde se relacionan los 37 documentos que forman parte del expediente y que también se nos remiten.

Este informe habrá de tener carácter preceptivo en virtud de lo dispuesto en el artículo 78.2 a) del Reglamento de Organización y Funciones del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía y del Cuerpo de Letrados de la Junta de Andalucía, aprobado por Decreto 450/2000, ya que se nos somete a informe el proyecto de una disposición de carácter general, como más adelante razonaremos. A la vez, a ese mismo carácter preceptivo aboca el artículo 45.2 de la Ley 6/2006, de Gobierno de Andalucía.

El informe solicitado se atiende a las siguientes

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

PRIMERA.- El objeto del proyecto de Orden que se somete a informe está constituido por 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. Se trata, pues, de un objeto diferente al de la subvención aunque próximo al mismo, por lo que la Ley 38/2003, General de Subvenciones y el resto de normativa subvencional se aplicará a esta materia de modo supletorio. Concretamente, así se prevé en la disposición final primera.1 del Decreto-ley 1/2018 para las operaciones financieras que tengan por objeto créditos sin interés o con un interés inferior al de mercado y a las ayudas consistentes en garantías, siempre que resulten adecuadas a la naturaleza de estas operaciones, *"en particular -y citamos literalmente- los principios generales, requisitos y obligaciones de personas beneficiarias y entidades colaboradoras, procedimiento de concesión, gestión y justificación, reintegro y procedimiento sancionador"*.

El artículo 2 de la Ley General de Subvenciones establece que:

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



Juan Antonio de Vizarrón, s/n. Edificio Torretriana. Isla de la Cartuja.
s/n 41092 Sevilla

1

Firmado por: CUADROS OJEDA MANUEL		10/06/2019 12:37	PÁGINA 1 / 8
VERIFICACIÓN	PzPpxDu\$E8EhLzkEOYAbY1spjJF4vq	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/	

a) Que la entrega se realice sin contraprestación directa de los beneficiarios.

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

c) Que el proyecto, la acción, conducta o situación financiada tenga por objeto el fomento de una actividad de utilidad pública o interés social o de promoción de una finalidad pública.

(...)

4. No tienen carácter de subvenciones los siguientes supuestos :

a) Las prestaciones contributivas y no contributivas del Sistema de la Seguridad Social.

b) Las pensiones asistenciales por ancianidad a favor de los españoles no residentes en España, en los términos establecidos en su normativa reguladora.

c) También quedarán excluidas, en la medida en que resulten asimilables al régimen de prestaciones no contributivas del Sistema de Seguridad Social, las prestaciones asistenciales y los subsidios económicos a favor de españoles no residentes en España, así como las prestaciones a favor de los afectados por el virus de inmunodeficiencia humana y de los minusválidos .

d) Las prestaciones a favor de los afectados por el síndrome tóxico y las ayudas sociales a las personas con hemofilia u otras coagulopatías congénitas que hayan desarrollado la hepatitis C reguladas en la Ley 14/2002, de 5 de junio (RCL 2002,1459).

e) Las prestaciones derivadas del sistema de clases pasivas del Estado, pensiones de guerra y otras pensiones y prestaciones por razón de actos de terrorismo.

f) Las prestaciones reconocidas por el Fondo de Garantía Salarial.

g) Los beneficios fiscales y beneficios en la cotización a la Seguridad Social.

h) El crédito oficial, salvo en los supuestos en que la Administración pública subvencione al prestatario la totalidad o parte de los intereses u otras contraprestaciones de la operación de crédito'.



Firmado por: CUADROS OJEDA MANUEL		10/06/2019 12:37	PÁGINA 2 / 8
VERIFICACIÓN	PzPpxDu\$E8EhLzkEOYAbY1spjJF4vq	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/	

Las operaciones que ocupan al presente proyecto de Orden tienen una naturaleza jurídica distinta de las subvenciones: en estas, la entrega dineraria se vincula al cumplimiento de un determinado fin que puede consistir en la ejecución de un proyecto, la realización de una actividad o la observancia de un concreto comportamiento, etc. En palabras de Germán Fernández Farreres (Comentario a la Ley General de Subvenciones, 2005, Thomson Civitas, p. 35), citadas en el informe IEPI00137/15 de la Asesoría Jurídica de la Consejería de Empleo, Empresa y Comercio, *“la causa que legitima el otorgamiento dinerario es la concreta afectación, lo que, entre otras consecuencias, da cuenta de la exigencia de reintegro de lo percibido en caso de incumplimiento de las cargas y obligaciones en que se concreta esa afectación. Por ello, sin afectación no hay subvención”*. Por el contrario, la concesión de una de las operaciones que forma parte del objeto de esta Orden no está vinculada por una afectación concreta de la misma, sino que responde a una estrategia de inversión con la que se pretenden colmar unas deficiencias de mercado o unas situaciones no óptimas que llevan a apoyar la cobertura de necesidades por parte del tejido empresarial andaluz y el acceso al crédito de ciertos colectivos de emprendedores. Por eso, en ellas no se da estrictamente el mecanismo del reintegro que sí concurre en la subvención cuando no se cumple con la afectación a la que se comprometió el beneficiario. Los créditos y garantías prestados deberán, sí, ser objeto de justificación en relación con las actividades financiadas en el marco de las bases reguladoras; esa justificación está sujeta a una comprobación técnica y económico financiera por parte de la Administración: ello les acerca al concepto de subvención, razón por la cual los artículos 40 y 129 del proyecto de Orden se remiten al régimen sancionador de la Ley 38/2003, General de Subvenciones. Pero se prevé, en casos de un incumplimiento que incluye la falta de pago íntegro de cuotas de amortización del principal o de los intereses en los términos del artículo 39.2 de dicho proyecto de Orden, no ese reintegro, sino la *recuperación* de los préstamos o créditos realizados o de las garantías prestadas.

SEGUNDA.- En segundo lugar nos ocupamos de la naturaleza de la norma constituida por el presente proyecto de Orden. Se trata de una disposición de rango reglamentario -pues se dicta por un órgano del poder ejecutivo- que excede la organización o ámbito doméstico de la Consejería de Hacienda, Industria y Energía de la Junta de Andalucía. Excede incluso de una relación de sujeción especial de los destinatarios de la disposición a la Administración, pues, entre otras previsiones, disciplina los requisitos que deben cumplir las empresas destinatarias de las ayudas y las entidades colaboradoras, así como sus obligaciones, incidiendo por tanto en derechos de terceros. Por todo ello, entra dentro de la órbita de una disposición de las denominadas por la doctrina como normativa, también llamadas de eficacia general.

TERCERA.- En relación a la competencia de la persona titular de la Consejería para dictarla, podemos citar el Dictamen 591/2006 del Consejo Consultivo de Andalucía, según el cual:

“En efecto, cuestionada la potestad reglamentaria de los Consejeros ante los Tribunales de Justicia, hay que tener en cuenta la existencia de diversas sentencias del Tribunal Supremo sobre la cuestión. Concretamente, la lectura de las sentencias de 17 de febrero de 1998, 29 de diciembre de 1998 y 17 de julio de 1999 resulta de sumo interés, por cuanto en ellas se sienta la conclusión de que la potestad reglamentaria de los Consejeros del Gobierno de la Junta de



Juan Antonio de Vizarrón, s/n. Edificio Torretriana. Isla de la Cartuja.
s/n 41092 Sevilla

3

Firmado por: CUADROS OJEDA MANUEL		10/06/2019 12:37	PÁGINA 3 / 8
VERIFICACIÓN	PzPpxDu\$E8EhLzkEOYAbY1spjJF4vq	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/	

Andalucía se constriñe al ámbito organizativo o doméstico. Tal conclusión se establece sobre la base de lo dispuesto en el artículo 32 del Estatuto de Autonomía de Andalucía y en la Ley del Gobierno y Administración de la Comunidad Autónoma de Andalucía, al atribuirse al Consejo de Gobierno la aprobación de los Reglamentos de desarrollo y ejecución de las leyes, mientras que la potestad normativa de los Consejeros quedaría limitada a la organización de su Consejería y a las relaciones de sujeción especial.

En este contexto, el artículo 44 de la Ley 6/2006 establece que la potestad reglamentaria corresponde al Gobierno, de acuerdo con la Constitución y las leyes (apdo. 1), mientras que con respecto a las personas titulares de las Consejerías se dispone que "(...) tienen potestad reglamentaria en lo relativo a la organización y materias internas de las mismas. Fuera de estos supuestos, sólo podrán dictar reglamentos cuando sean específicamente habilitadas para ello por una ley o por un reglamento del Consejo de Gobierno"

En el caso que nos ocupa, la potestad del Consejero para dictar la presente Orden no se deriva, como hemos visto, del carácter organizativo o doméstico de la norma, sino de la habilitación legal para dictarla. Concretamente, la disposición final primera.1 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 establece que:

"La Consejería competente en materia de Política Financiera, en el plazo máximo de dos meses a contar desde la entrada en vigor del presente Decreto-ley, aprobará una Orden que tenga por objeto regular 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 (LCEur 2013, 2212), de 17 de diciembre, y demás normativa comunitaria aplicable a los instrumentos financieros cofinanciados por el Programa Operativo, así como la gestión de recuperaciones y de los ingresos y cobros que resulten de dichas operaciones".

No consideramos que el transcurso del plazo de dos meses previsto en el Decreto-ley haya tenido un efecto anulador sobre la habilitación legal. Señala el dictamen 290/2014 del Consejo Consultivo de Andalucía que *"En los supuestos en los que la norma legal prevé el desarrollo dentro de un determinado plazo por parte del titular originario de la potestad reglamentaria, el incumplimiento del mismo ha sido calificado doctrinal y jurisprudencialmente como una irregularidad no invalidante (salvo que el plazo pudiera considerarse esencial, hasta el punto de condicionar la validez de la norma reglamentaria aprobada con posterioridad)".* Y es que si se anudara el radical efecto de la nulidad a toda disposición reglamentaria dictada por los consejeros fuera del plazo previsto en la norma legal, podría violarse la propia voluntad del legislador, que, en determinados casos, sin configurar un plazo esencial, llama al órgano habilitado a dictar la disposición con mayor o menor premura, dependiendo de las circunstancias concurrentes. Es la naturaleza del plazo la que lleva a extraer distintas consecuencias de su incumplimiento, porque los plazos y los efectos de su incumplimiento no pueden



Juan Antonio de Vizarrón, s/n. Edificio Torretriana. Isla de la Cartuja.
s/n 41092 Sevilla

4

Firmado por: CUADROS OJEDA MANUEL		10/06/2019 12:37	PÁGINA 4 / 8
VERIFICACIÓN	PzPpxDu\$E8EhLzkEOYAbY1spjJF4vq	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/	

disociarse de la *voluntas legislatoris*, cuya indagación permite descubrir la riqueza de matices que puede encerrar la escueta mención de una fracción de tiempo para la ordenación de una conducta. El establecimiento de un plazo tajante como “*el plazo máximo de dos meses*” (disposición final primera.1 del Decreto-ley 1/2018) parecería, en términos literales, que manifestara la voluntad del legislador de que una vez transcurrido, se agotara la habilitación de la Consejería para dictar la orden y que si lo hiciera sería con una “*una manifiesta falta de competencia*” (STSJ Cataluña 755/12 de 29.XI que usa este argumento, pero sin apoyatura en el TS). Sin embargo, se considera que esa conclusión no respondería a la *voluntas legislatoris* en este caso, porque el plazo de dos meses resulta demasiado perentorio para la complejidad de la norma (así, la STS 2.VI.14-RJ2014\3643) y, además, el plazo de un año dentro del que nos hallamos ahora no se antoja irrazonable. El legislador imprimió urgencia, pero el transcurso de ese plazo de dos meses no priva de sentido a la orden, que sigue siendo necesaria: es más, su falta genera inseguridad jurídica.

CUARTA.- En cuanto al contenido de la parte expositiva de la Orden, podemos señalar que,

1. Como se se prevé en ella, resulta posible la extinción de las obligaciones de la Hacienda Pública de la Junta de Andalucía, sean de la naturaleza que sean, con los créditos de naturaleza privada de titularidad de la misma que se encuentren vencidos y pendientes de cobro, siempre en los términos especificados por el informe HEPI00104/18 de este misma Asesoría Jurídica.
2. Consideramos, a la vez, que teniendo en cuenta que dentro de ella debe expresarse el contenido y *finalidad* de la norma (punto II de la Resolución de 28 de junio de 2005 que da publicidad al Acuerdo del Consejo de Ministros de 22 de julio de 2005, por el que se aprueban las directrices de técnica normativa, DTN), se habría de justificar el empleo del procedimiento de concesión directa, así como el procedimiento en régimen de concurrencia no competitiva, ya que introducen una muy importante matización al principio de concurrencia establecido en el artículo 6 del proyecto de Orden. Asimismo, dicho artículo 6 requiere una explicación más ajustada para que se entiendan compatibles los principios de *publicidad* y *confidencialidad* que en el mismo se enumeran.
3. Por otro lado, consideramos que resultaría necesario explicar que se entiende por “*riesgo vivo*”, en el punto IV de la parte expositiva. A la vez, la brevedad del título IV de la Orden justifica la brevedad del punto V de la parte expositiva, pero entendemos que esta debe contener la diferencia entre los dos capítulos de ese título, pues esta división responde a un criterio relevante.
4. Al comienzo del punto VIII se fija la finalidad de la norma reproduciendo su propio título, con lo que se desaprovecha una oportunidad de fijar aquella con más claridad, lo que constituye una de las funciones propias de esa parte expositiva (ver el ya citado punto II DTN).

QUINTA.- Sobre el contenido del articulado, señalar que



Juan Antonio de Vizarrón, s/n. Edificio Torretriana. Isla de la Cartuja.
s/n 41092 Sevilla

5

Firmado por: CUADROS OJEDA MANUEL		10/06/2019 12:37	PÁGINA 5 / 8
VERIFICACIÓN	PzPpxDu\$E8EhLzkEOYAbY1spjJF4vq	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/	

1. La explicación de lo que signifique la expresión "PYME" que se contiene en el apartado d) del artículo 4, resultaría innecesaria, en la medida en que en el apartado t) se define ese término. Asimismo, en la definición de la "fase de expansión" (artículo 4, apartado m) se vuelve a utilizar el término expansión, lo que no contribuye a la finalidad aclaratoria de la norma en este punto.
2. En el artículo 7 se echa en falta una sucinta explicación de los límites que resultan como consecuencia de la aplicación del principio de prudencia financiera. Decimos sucinta porque las concreciones a que se sujeta el desarrollo normativo de ese principio no permiten que esa explicación sea detallada.
3. La primacía del Derecho comunitario y la propia aplicación directa de este tipo de norma europea exigirían que la referencia que se hace en el artículo 17 al Reglamento (UE) 2016/679 precediera a la que se hace a la Ley Orgánica 3/2018, pues como señala su preámbulo, esta resulta "necesaria para la adaptación del ordenamiento español a la citada disposición europea".
4. La remisión que se hace a las bases reguladoras no permite conocer, siquiera en términos generales, cuándo las solicitudes de créditos o préstamos sin interés o con interés inferior al de mercado que se realicen con cargo a los fondos carentes de personalidad jurídica se resolverán mediante un procedimiento de concurrencia no competitiva. Convendría determinar esto en el artículo 28, aún *grosso modo*.
5. La redacción de la última frase del apartado 1 del artículo 45 puede resultar confusa por desordenada.
6. El artículo 58.2 prevé los supuestos de resolución y vencimiento anticipado del préstamo participativo y fija en el apartado c) el incumplimiento por parte de la prestataria de "cualesquiera" otras obligaciones establecidas en normativa reguladora. Al no concretarse, en el número 7º de dicho apartado se entiende que, en particular, es causa de resolución y vencimiento anticipado el incumplimiento de *cualquier* normativa en materia medioambiental o social. Consideramos que ello puede resultar desproporcionado porque las obligaciones y normas pueden tener una diferente trascendencia a los efectos que nos ocupan y que ello puede dar lugar a decisiones arbitrarias derivadas de una desigualdad de trato a los solicitantes.
7. Recomendamos determinar en el artículo 62.2 que la Ley 1/2000, de 7 de enero, es la Ley de enjuiciamiento civil. Aparte de una cuestión formal, entendemos que así se ofrece una información relevante al lector de la norma. Asimismo, en este caso para una más segura identificación de la norma de referencia, aconsejamos explicitar la numeración del Reglamento General de Recaudación al que se refiere el artículo 133.10.



Firmado por: CUADROS OJEDA MANUEL		10/06/2019 12:37	PÁGINA 6 / 8
VERIFICACIÓN	PzPpxDu\$E8EhLzkEOYAbY1spjJF4vq	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/	

8. Con el objetivo de aumentar la claridad y facilitar la comprensión de la orden sin necesidad de trasladarse a otros artículos de la misma, aconsejamos señalar a qué operaciones se refiere el artículo 65.1, 2º párrafo cuando se remite a la subsección 1ª de la sección 2ª del presente capítulo.
9. En el artículo 84 y 115 se pone como condición que la empresa beneficiaria disponga de un "centro operativo relevante en Andalucía". Este se define en el artículo 4 e), si bien se debe tener en cuenta que, dado el carácter más bien indeterminado de los términos "testimonial" o "esencial", se puede dar lugar a una decisión arbitraria o contraria a la igualdad de trato a los solicitantes.
10. El concepto de *contragarantía* que se usa, al menos, en los artículos 120.1, 123.1 p), 124.2 y 132 no se encuentra definido en el artículo 4. Aunque su significado parece poder deducirse del contexto, resultaría más seguro definirlo expresamente.
11. El uso del término "*reintegró*" en el artículo 123.1 s) puede evocar a las subvenciones como categoría. Por ello, y de acuerdo con lo que señalamos en nuestra consideración jurídica primera *in fine*, consideramos más adecuado hablar de *recuperación*.
12. Es posible que exista un error material en el artículo 138.2 y cuando pretenda remitirse a la "*disposición final primera*", que no existe en este proyecto de Orden, se pretenda remitir a su *disposición adicional tercera*. En todo caso, resulta necesario corregir ese posible error.

SIXTA.- Acerca de los aspectos que podemos denominar formales, añadimos que:

1. Como es sabido, la DTN contiene unas reglas de muy conveniente observancia
2. El presente proyecto de Orden cumple con el procedimiento previsto en el artículo 45 de la Ley 6/2006, de Gobierno de Andalucía, lo cual se nos pone de manifiesto a través de la remisión de los 37 documentos que acompañan a la presente solicitud de informe.
3. Al dictarse la Orden en ejecución del Decreto-ley 1/2018, como explicitamos en nuestra consideración jurídica tercera, su tramitación ha de incluir el dictamen preceptivo del Consejo Consultivo de Andalucía *ex* artículo 17.3 de su norma reguladora, la Ley 4/2005.



Juan Antonio de Vizarrón, s/n. Edificio Torretriana. Isla de la Cartuja.
s/n 41092 Sevilla 7

Firmado por: CUADROS OJEDA MANUEL		10/06/2019 12:37	PÁGINA 7 / 8
VERIFICACIÓN	PzPpxDu\$E8EhLzkEOYAbY1spjJF4vq	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/	

Es todo lo que tengo el honor de informar a V.I. que, no obstante resolverá y siempre sin perjuicio de la corrección de los errores que procediera realizar, de la correcta tramitación del proyecto de Orden y de otro criterio más ajustado a Derecho, que asumiría gustoso.

EL LETRADO DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA

Fdo.: Manuel Cuadros Ojeda



Juan Antonio de Vizarrón, s/n. Edificio Torretriana. Isla de la Cartuja.
s/n 41092 Sevilla 8

Firmado por: CUADROS OJEDA MANUEL		10/06/2019 12:37	PÁGINA 8 / 8
VERIFICACIÓN	PzPpxDu\$E8EhLzkEOYAbY1spjJF4vq	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/	