

**ACUERDO POR EL QUE SE DA CONTESTACIÓN A LA CONSULTA FORMULADA POR UNA COMPAÑÍA REGULADA EN RELACIÓN CON EL OTORGAMIENTO DE GARANTÍAS EN PROYECTOS SUBVENCIONADOS CON FONDOS QUE PROVIENEN DEL NEXT GENERACIÓN EU.**

**CNS/DE/756/21**

**SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA**

**Presidente**

D. Ángel Torres Torres

**Consejeros**

D. Mariano Bacigalupo Saggese

D. Bernardo Lorenzo Almendros

D. Xabier Ormaetxea Garai

D<sup>a</sup> Pilar Sánchez Núñez

**Secretario**

D. Joaquim Hortalà i Vallvé

En Madrid, a 22 de septiembre de 2021

**I.- ANTECEDENTES.**

El 4 de agosto de 2021 se ha recibido en el registro de la CNMC escrito de una empresa regulada.

En este escrito, la empresa menciona la *Orden ETD/668/2021, de 25 de junio, por la que se establecen las bases reguladoras de la concesión de ayudas en el ámbito de la inteligencia artificial, para la transformación digital de la sociedad y la economía, en el marco de la Agenda España Digital 2025 y la Estrategia Nacional de Inteligencia Artificial, y se convoca la concesión de ayudas para financiar proyectos del Programa Misiones de I+D en Inteligencia Artificial 2021, en el marco de la Agenda España Digital 2025 y de la Estrategia Nacional de Inteligencia Artificial*, derivada de los acuerdos adoptados en el marco de la Unión Europea en materia de recuperación económica por el impacto de la pandemia ocasionada por el COVID-19. A este respecto, exponen que, teniendo interés “*no solo en proyectos de la convocatoria anterior, sino en general, en participar en la distribución de dichos fondos al tejido empresarial español*”, y que “*se prevé que en septiembre salgan un gran número de convocatorias y que el modelo general será el de subvención*”, se analice esta Orden a modo de ejemplo de bases regulatorias y convocatoria de concesión de ayudas.

En particular, plantea el siguiente asunto:

*“Los artículos 15.3 y 17.6 de dicha Orden requieren la constitución de garantías. Si esta empresa hubiese tenido intención de presentarse a dicha convocatoria y, en su condición de “gran empresa”, como coordinador del proyecto presentado por la agrupación, debería cumplir dicha obligación de constituir la garantía por el importe total de la ayuda recibida por todo el proyecto, aunque esta ayuda o subvención se destine no solo a nuestra compañía, sino a las diversas empresas o personas que componen la agrupación y que todas tienen la consideración de beneficiarias. En este caso, la convocatoria exige que los candidatos se presenten constituyendo una agrupación (...). El coordinador debe ser la gran empresa y deberá garantizar, a la administración concedente de la subvención, el importe de la ayuda que perciben todos los participantes del proyecto siendo además la responsabilidad solidaria.”*

De este modo, expone que, si esta compañía se presenta como coordinadora de una agrupación, ya que es una “gran empresa” y son estas las que pueden desarrollar tal rol, deberá constituir la garantía pertinente por la recepción del anticipo de fondos de la subvención para desarrollar el proyecto.

La empresa pregunta por la prohibición de otorgar garantías a favor de otras empresas del grupo que realicen actividades liberalizadas u otras actividades ajenas al sector eléctrico español, recogida en el artículo 20.9 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, como menciona en su escrito de consulta:

*“dicha limitación debería entenderse también extensible a la prohibición de garantizar a terceras empresas ajenas al Grupo y ello por la regulación aplicable a esta compañía. Siendo una empresa regulada en cuanto al régimen de sus actividades y de sus ingresos parece discutible jurídicamente que, para desarrollar proyectos de inteligencia artificial, pudiera otorgar garantías garantizando a terceras empresas el cumplimiento de las obligaciones asumidas ante la administración concedente.”*

No obstante, plantean como posibilidad,

*“que podría llegar a ser admisible la opción de, con un régimen de contragarantías a favor de nuestra compañía otorgadas por parte del resto de miembros de la agrupación que se presentan a la convocatoria de ayudas (también beneficiarios de la ayuda), se consiguiese limitar el régimen de responsabilidad de nuestra empresa a su participación en el proyecto.”*

Además, añaden otra alternativa que sería que la empresa regulada se presentase en la agrupación como participante y no como coordinadora. De esta forma, no sería ella quien tuviese que presentar la garantía para la concesión de la ayuda, sin embargo, si se siguiese el esquema planteado por la empresa,

podría tener que contra garantizar la cuantía a recibir frente a la coordinadora, en su parte correspondiente, por el proyecto subvencionado.

A modo de conclusión, la consulta de esta empresa regulada se centra en conocer si se considera compatible con el artículo 20.9 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre:

- que esta empresa regulada participe en agrupaciones para optar a subvenciones de fondos Next Generation EU, con bases reguladoras de convocatoria similares a las contenidas en la Orden ETD/668/2021, de 25 de junio, siempre que si actúa como coordinador obtenga contragarantías del resto de miembros,
- o que participe como mero beneficiario, sin actuar de coordinador.

## **II.- CONSIDERACIONES SOBRE LA CONSULTA PLANTEADA.**

### **II. 1.- Sobre el modo de participación en la solicitud de concesión de ayudas.**

El artículo 67 del *Real Decreto-ley 36/2020, de 30 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la modernización de la Administración Pública y para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia*, prevé que se puedan realizar agrupaciones para la presentación de solicitudes a convocatorias de ayudas vinculadas con el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia:

*“1. Las bases reguladoras para la concesión de subvenciones de actividades vinculadas con el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia de la Economía Española podrán establecer que puedan ser beneficiarias las agrupaciones de personas físicas o jurídicas, públicas o privadas sin personalidad, en los términos previstos en el apartado 3 del artículo 11 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre.”*

Así, en la Orden ETD/668/2021, de 25 de junio, según el capítulo III, sobre el régimen general de las ayudas, en su artículo 16, de las modalidades de participación, se establece que los proyectos deberán realizarse en la modalidad de cooperación, que consistirá en la participación de más de una entidad de las mencionadas como beneficiarias. Según el artículo 17, de proyectos de cooperación, una actuará como coordinadora y las demás como participantes. Todas serán beneficiarias y deberán cumplir los requisitos para ello. Cada convocatoria podrá establecer limitaciones en el tipo y número de participantes.

En el caso de la convocatoria aquí recogida, en el Anexo VII de la Orden ETD/668/2021, de 25 de junio, en su artículo Sexto apartado 4 de las

disposiciones generales de la convocatoria, se especifica que la agrupación la deberán formar, “*al menos*:

- a) *Una gran empresa.*
- b) *Un organismo de investigación y difusión de conocimientos.*
- c) *Cinco pymes.”*

Además, se detalla en el artículo Quinto apartado 2 de las disposiciones generales de la convocatoria, sobre Beneficiarios y modalidades de participación, que será necesario que la entidad coordinadora del proyecto sea una gran empresa.

Por lo tanto, la empresa regulada, según los criterios de participación recogidos en esta Orden reguladora de bases y convocatoria de ayudas, si quisiera participar en esta convocatoria, debería ser acompañada de otras empresas, nunca sola. Podría ser miembro de la agrupación, y al ser gran empresa, debería ser la coordinadora del proyecto, y por tanto obligada a constituir garantía. En el caso de que hubiese una o varias grandes empresas en la agrupación además de la regulada, podría ser participante sin ser ella la coordinadora, evitando de esta manera ser la presentadora de la garantía para la recepción de fondos, siempre que en la agrupación estuviesen presentes también el resto de entidades necesarias para su formación. Todo ello aplicable a otras convocatorias si se siguiese esta misma regulación.

## **II.2.- Sobre la constitución de garantía**

Una vez analizada la cuestión sobre los modos de participación, el siguiente asunto clave es la constitución de una garantía para la recepción de fondos públicos.

### II.2.A.- Justificación de la garantía

Según el artículo 15 de la Orden ETD/668/2021, de 25 de junio, procederá la constitución de garantías en los casos en los que se realice un pago anticipado para asegurar el cumplimiento de los compromisos de los beneficiarios. Este mismo artículo, tal y como aparece en su contenido literal, se basa en la *Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones (LGS)*, y su reglamento de desarrollo, aprobado por *Real Decreto 887/2006, de 21 de julio*.

La garantía deberá estar constituida por la entidad coordinadora, según el artículo 17.6.c) de la Orden ETD/668/2021, de 25 de junio, sobre las funciones de la coordinadora, y el artículo 15.3 en referencia al anterior.

Las garantías deben constituirse bajo una de las modalidades admitidas según el artículo 15.4:

- a) *“Avalos prestados por entidades de crédito, establecimientos financieros de crédito o sociedades de garantía recíproca.*
- b) *Seguros de caución otorgados por entidades aseguradoras.”*

La responsabilidad de las beneficiarias por el cumplimiento de sus compromisos será solidaria, con carácter limitado, en proporción a las cantidades asignadas a cada una, en consonancia con las actividades subvencionadas que se hubieren comprometido a efectuar, según el artículo 18 de la Orden ETD/668/2021, de 25 de junio.

La LGS exige la constitución de una garantía cuando se es beneficiario de una subvención que da derecho a recibir el pago anticipado de los fondos. Esto es, percibir una cuantía de forma previa a la realización de la actividad o proyecto subvencionado, dado que, para poder realizarlo, son necesarios unos fondos de manera anticipada, entregados *“con el fin de facilitar la realización del objeto de la subvención por parte de los beneficiarios”*, como recoge la exposición de motivos de la LGS. Esta garantía sirve de protección a la Administración Pública frente a incumplimientos de los compromisos asumidos por los beneficiarios de las subvenciones.

#### II.2.B.- Prohibición de la prestación de garantía según la Ley del Sector Eléctrico

Es necesario valorar esta obligación de presentación de garantía, como plantea esta empresa en su escrito de consulta, considerando el artículo 20.9 de la *Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico* (LSE), que prohíbe el otorgamiento de garantías a otras sociedades del grupo o partes vinculadas que realicen actividades liberalizadas o ajenas al sector eléctrico.

La previsión contenida en el artículo 20.9 de la LSE tiene por objeto que las empresas reguladas no pongan en riesgo su patrimonio al avalar préstamos o prestar garantías a otras sociedades de su grupo, así como a partes vinculadas. Asimismo, hace extensible esta prohibición no únicamente a sociedades o partes vinculadas que realizan actividades liberalizadas en el sector eléctrico, sino también a cualquier otra sociedad o parte vinculada que realice actividades ajenas al mismo.

De lo anterior se desprende que la finalidad de esta disposición no es solo evitar la existencia de subvenciones cruzadas de las actividades reguladas hacia las liberalizadas, sino también la de preservar en general el patrimonio de las sociedades que realizan actividades reguladas. Al no permitir que se avalen préstamos ni se otorguen garantías, se persigue que las sociedades reguladas no asuman riesgos no relacionados con su actividad, dado que la prestación de un aval o una garantía, en caso de fallo en el pago del préstamo por parte del deudor, conllevaría por el acreedor la ejecución de la garantía sobre la sociedad regulada. Esta exigencia es, asimismo, coherente con la obligación de objeto social exclusivo.

La prohibición viene, por tanto, a limitar la posibilidad de financiar o ayudar a financiar, mediante la prestación de garantías, actividades que puedan entrañar un riesgo elevado para el patrimonio de una sociedad que realiza actividades reguladas. Sin embargo, la garantía exigida por la Administración Pública convocante de la subvención responde a otra finalidad. En primer lugar, se trata de una garantía cuyo otorgamiento viene exigido por una norma reglamentaria (la referida orden ETD/668/2021) que se dicta de conformidad con lo previsto en el artículo 43 del Real Decreto 887/2006, de 21 de julio, por el que se aprueba el Reglamento que desarrolla la Ley General de Subvenciones, el cual prevé expresamente la posibilidad de exigir la constitución de garantías en aquellos supuestos en los que se prevea el anticipo de fondos o la entrega de pagos a cuenta.

En segundo lugar, el objeto de la garantía es también específico: recae sobre la devolución de fondos anticipados.

Por lo tanto, a diferencia de la previsión contenida en el artículo 20.9 de la Ley del Sector Eléctrico, el objeto y finalidad de la garantía aquí analizada forman parte del procedimiento típico de la protección de los pagos anticipados de fondos públicos otorgados mediante subvención.

Se considera que el otorgar una garantía de este tipo no contraviene el artículo 20.9 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, en lo que se refiere a garantizar los pagos anticipados de fondos públicos otorgados mediante subvención a una empresa regulada. Por lo tanto, no se observa ningún obstáculo a que una compañía regulada participe como mero participante o beneficiario en las convocatorias, siempre que, en caso de existencia de acuerdos de contragarantías, la empresa regulada no garantice una cantidad superior a la que ella reciba.

#### II.2.C.- Participación como coordinador en las convocatorias. Posibilidad de exigir una contragarantía al resto de las participantes de la agrupación para la concesión de la subvención

En su consulta, la compañía regulada manifiesta que parece discutible jurídicamente que pudiera otorgar garantías garantizando a terceras empresas el cumplimiento de las obligaciones asumidas ante la administración concedente, como sería el caso en que esta empresa participara en las convocatorias como coordinador.

Por ello, la compañía plantea la posibilidad de exigir al resto de participantes de su agrupación, cuando ella sea la coordinadora, una contragarantía por la cantidad correspondiente a cada una. Declara la empresa que de esta forma se conseguiría limitar el régimen de responsabilidad de ella misma a su participación en el proyecto.

A continuación, se analiza esta posibilidad.

En primer lugar, el artículo 17.3 de la Orden ETD/668/2021, de 25 de junio, recoge la obligación para los miembros de la agrupación de *“suscribir, con carácter previo a la formulación de la solicitud, un acuerdo interno que regule su funcionamiento”*.

Así, en el artículo Quinto de las disposiciones generales de la convocatoria, contenida en el Anexo VII, ya mencionado, en su apartado 6, aparece regulado el contenido de dichos acuerdos de la siguiente forma:

*“6. De acuerdo con el artículo 67.2 del Real Decreto-ley 36/2020, de 30 de diciembre, (...) los miembros de la agrupación deberán suscribir, con carácter previo a la formulación de la solicitud, un acuerdo interno que regule su funcionamiento, sin que sea necesario que se constituyan en forma jurídica alguna para ello. El acuerdo de la agrupación debería incluir, por lo menos, los siguientes aspectos:*

- a) Compromisos de ejecución de actividades asumidos por cada miembro de la agrupación.*
- b) Presupuesto correspondiente a las actividades asumidas por cada miembro de la agrupación, e importe de la subvención a aplicar en cada caso.*
- c) Representante o apoderado único de la agrupación, con poderes bastantes para cumplir las obligaciones que, como beneficiario, corresponden a la agrupación.*
- d) Organización interna de la agrupación, plan de contingencias y disposiciones para la resolución de litigios internos.*
- e) Acuerdos sobre responsabilidad, indemnización y confidencialidad entre los participantes.*
- f) Propiedad de los resultados.*
- g) Protección legal de los resultados, y, en su caso, de la propiedad industrial resultante. Deberá recoger una previsión mínima de cesión de derechos de uso no exclusivo en beneficio de la administración pública española, por una duración acorde con la regulación de la propiedad intelectual o industrial, según el caso.*
- h) Normas de difusión, utilización, y derechos de acceso a los resultados de la actividad subvencionada.*

*El acuerdo de la agrupación podrá condicionarse a ser declarado beneficiario de la ayuda por resolución de concesión definitiva.”*

Por lo que la contragarantía podría ser parte de este acuerdo interno entre miembros de la agrupación.

Por otro lado, el artículo 18 de la Orden ETD/668/2021, de 25 de junio, recoge la responsabilidad solidaria limitada de todos los miembros de la agrupación.

Se considera que la contragarantía sería una medida para proteger a la empresa regulada del incumplimiento del resto de miembros de la agrupación de los compromisos asumidos.

Esta contragarantía, para tener las mismas características que la otorgada por la gran empresa, deberá ser del mismo nivel de las exigidas por la convocatoria de la subvención para la gran empresa. En la Orden ETD/668/2021, de 25 de junio, se requiere:

- a) *“Avales prestados por entidades de crédito, establecimientos financieros de crédito o sociedades de garantía recíproca.*
- b) *Seguros de caución otorgados por entidades aseguradoras.”*

Dado que una empresa regulada no puede acudir sola a las convocatorias, y que, en caso de ser la única gran empresa, debe ser la coordinadora, y atendiendo a la naturaleza singular de esta garantía, que es una condición para obtener los pagos anticipados de fondos de las subvenciones públicas, que tienen origen europeo, se considera que una empresa regulada podría participar como coordinador, siempre que obtuviera contragarantías de los demás miembros de la misma agrupación, del mismo nivel. Esta conclusión se alcanza atendiendo a la naturaleza singular de este caso, dado que la garantía es necesaria para obtener la subvención, y su ejecución no pone en riesgo su propio patrimonio al encontrarse simultáneamente garantizado. A este respecto, es esencial que el volumen mínimo de las contragarantías sea tal que cubra aquellos fondos recibidos no asignados a la compañía regulada como participante.

### **II.3.- Sobre la materia de los proyectos subvencionables y el objeto social de la sociedad regulada**

Según el artículo 12 de la LSE, *“las sociedades mercantiles que desarrollen alguna o algunas de las actividades de transporte, distribución y operación del sistema a que se refiere el apartado 2 del artículo 8 deberán tener como objeto social exclusivo el desarrollo de las mismas. (...)”*.

La naturaleza de una sociedad regulada con objeto social exclusivo lleva a considerar que los proyectos mediante los que concurra a las convocatorias de subvención, tanto en un papel de coordinador como de participante o beneficiario, deberían consistir en proyectos relacionados con estas actividades, y que puedan contribuir en beneficio de las mismas.

En el caso de que no fuese así, y considerando que en su escrito se manifiesta el interés del grupo al que pertenece de participar en la distribución de fondos al tejido empresarial español, se señala que en ese caso la participación en las convocatorias habría de realizarse a través de otras empresas del grupo, sin que medie ninguna garantía prestada por la empresa regulada.