

LAS SOCIEDADES DE GARANTIA RECÍPROCA Y EL SEGUNDO AVAL

Mariano Carmelo González Grimaldo analiza, después de una somera introducción que sitúa la problemática de las pequeñas y medianas empresas en España, el funcionamiento de las Sociedades de Garantía Recíproca en relación con la reciente constitución de la Sociedad Mixta del Segundo Aval del Estado, creada a fin de impulsar y favorecer la financiación de las pequeñas y medianas empresas.

Hace además un análisis pormenorizado de la relación entre las Sociedades de Garantía Recíproca y Sociedad Mixta, a la vez que analiza algunos problemas de ésta que pueden dificultar su funcionamiento y, por lo tanto, obstaculizar el cumplimiento de algunos de sus objetivos, si bien manifiesta una opinión claramente favorable, no sólo a la creación de esa sociedad, sino a su propia dinámica, en la confianza de que, incluso con algunas limitaciones, la Sociedad Mixta del Segundo Aval va a constituir un elemento muy importante en relación con la financiación de las pequeñas y medianas empresas, que es tanto como decir con su inversión, con todos los positivos efectos que ello tendrá en la economía.

I. LAS SOCIEDADES DE GARANTIA RECÍPROCA Y SU INTRODUCCION EN ESPAÑA

ES conocido que la figura de las Sociedades de Garantía Recíproca llega a España tardíamente, al menos si consideramos la situación de países como Francia que hace ya varias décadas aceptaron las «cajas de garantía mutua» como apoyo a las pequeñas y medianas empresas a fin de facilitar su financiación a través de un sistema de garantía mutua.

Las Sociedades de Garantía Recíproca se han introducido

en nuestro país, por otra parte, en una situación económica difícil para su expansión aunque, todo hay que decirlo, quizás en un momento adecuado en el que la evolución de la economía, al dar lugar a cambios estructurales, pone en evidencia la complejidad del entramado social y económico y la imposibilidad de que el empresario pequeño y mediano pueda abordar, en solitario e individualmente, la solución de todos los problemas que lleva aneja la financiación de su empresa.

España ha seguido en este punto un cierto mimetismo respecto a las experiencias de otros países, inspirándose directa, aunque no plenamente, en la situa-

ción de nuestros vecinos franceses. Esto no es en sí mismo reprobable, ya que lo importante es que sepamos aplicar lo que ya está en práctica en otros países y ha demostrado su eficacia, aunque conviene dejar constancia del hecho a fin de que conozcamos los más próximos orígenes de nuestras instituciones.

Hay una relativa unanimidad en aceptar que la pequeña y mediana empresa es la urdimbre más extensa y segura de todo el tejido económico y aunque no es éste lugar ni momento de verificar la certeza de tal afirmación con datos estadísticos ya que es una cuestión pacífica, sí lo es de hacer algunas consideraciones al respecto.

Ha habido una época próxima, por lo demás, en la que, deslumbrados por prácticas económicas al uso de otros países, desenfocados por una evolución económica positiva y brillante en la que las empresas pequeñas, medianas o grandes, bien o mal estructuradas, vendían cuanto producían y ganaban dinero, no se reparó en la verdadera importancia de la pequeña y mediana empresa y me parece que no es temerario afirmar que quedó incluso relegada por la política económica practicada desde el Gobierno, al considerar que lo verdaderamente importante era la potenciación de las grandes, con instalaciones repartidas por todo el territorio nacional o incluso por otros países y vinculadas a otras empresas o grupos financieros prepotentes de carácter nacional o multinacional. Era un signo de los tiempos, ya que se confiaba, quizás no sin cierta razón, en una permanente expansión. Piénsese, para comprobar esta afirmación, en las fusiones de

empresas que se estimulaban por la Administración, en la convicción de que con ello se facilitaba una introducción y acercamiento al mercado mundial o al mercado interregional europeo, lo que facilitaría a la empresa española situarse en condiciones de competencia con algunas de las grandes empresas internacionales de países de nuestra área geográfica.

Ha bastado una crisis de las dimensiones y duración de la iniciada en 1973, aún no concluida, para demostrar, si no la falsedad de aquel planteamiento que quizás pudiera ser válido en una economía en permanente situación de prosperidad, sí que la gran empresa no siempre constituye el mejor y más seguro soporte en una economía industrial avanzada.

Son precisamente las grandes empresas siderúrgicas, navales, textiles, químicas, automovilísticas, etc., las que sufren la crisis, las que en mayor medida evidencian sus defectos estructurales, sus carencias financieras, sus vacíos tecnológicos, sus excesos de plantilla, etc., y precisamente para hacer frente a la crítica situación, por la que atraviesan tales empresas, toda la sociedad, y la Administración en su nombre, instituye un conjunto de medidas que, en unos casos tienden a la salvación de la gran empresa, en otros a su lánguida supervivencia y, en el mejor de los casos, a su adecuación a la nueva realidad.

Ello no quiere decir que la pequeña y mediana empresa no sea también víctima de la situación económica por la que atravesamos; también las pequeñas y medianas empresas han sido «cogidas» por lo que tópicamente llamamos crisis económi-

ca. También hay pequeñas y medianas empresas implicadas en planes de reconversión y reestructuración, pero es evidente que siendo el número de empresas medianas y pequeñas mucho mayor que el de las grandes, el porcentaje de las afectadas resulta menor, aunque también ha de significarse que las pequeñas y medianas empresas, con sus deficiencias, pero también con el valor de sus empresarios y trabajadores, están en mejores condiciones de sobreponerse a las circunstancias adversas, de tal forma que el soporte que la sociedad ha de prestarles siempre es menor, cuantitativa y cualitativamente, que el que supone el hacerlo para la gran empresa. Pues bien, en este contexto de crisis aparecen en España las Sociedades de Garantía Recíproca como medios para intentar hallar una solución válida al endémico problema que oprime a las pequeñas y medianas empresas, y que se agudiza en las situaciones adversas: la insuficiencia de garantías a la hora de acudir a las entidades de crédito para obtener su financiación.

El tema crucial es, por lo tanto, el de cómo ayudar al financiamiento de la pequeña y mediana empresa en el sistema.

II. LAS SOCIEDADES DE GARANTIA RECÍPROCA Y LA SOCIEDAD MIXTA DE SEGUNDO AVAL

Aceptadas en nuestro ordenamiento jurídico las Sociedades de Garantía Recíproca, después de un largo período de gestación en el que hubo que

superar no sólo cierta incompreensión por parte de la Administración Pública sino una lógica resistencia a la aceptación de una figura totalmente nueva, que rompía los más elementales esquemas de nuestro ordenamiento jurídico (y baste poner como ejemplo de ello el hecho de que este tipo de sociedades tiene un capital variable), se puso en evidencia que, pese a sus ventajas, estas sociedades no resultan ser instrumentos totalmente eficaces para la consecución del objetivo básico que determinó su creación, lo que no supone descalificación respecto de su objeto, sino reconocimiento de sus propias limitaciones.

Era necesario que, con independencia de su propia dinámica de funcionamiento, se crease un nuevo instrumento que cerrara el ciclo que suponía la introducción de las Sociedades de Garantía Recíproca en orden a la posibilidad de que el crédito pueda llegar con una relativa inmediatez al pequeño y mediano empresario, ofreciendo las garantías suficientes para la formalización de la operación.

Ese paso ulterior es el Segundo Aval del Estado, bien aplicado en forma directa, bien instrumentado a través de una figura interpuesta, como significa, en el caso español, la Sociedad Mixta de Segundo Aval.

Si, tal y como se ha señalado anteriormente, la Sociedad de Garantía Recíproca representaba una ruptura de los esquemas ordinarios aplicables a nuestras sociedades y, por tanto, la Administración se resistía a regular tal tipo de entidades, piénsese en el esfuerzo que ha sido necesario realizar para que todos aceptemos que el Estado

pueda estar presente como avalista, directa o indirectamente, en operaciones de naturaleza privada en las que el interés público no resulta directa ni indirectamente afectado.

Antes de continuar con la exposición de la materia, queremos formular una breve advertencia. Estamos insistiendo en el uso de una terminología que, en nuestra opinión, resulta imprecisa en relación con nuestro ordenamiento jurídico. Es cierto que, a través del Real Decreto de 24 de octubre de 1980, nuestra legislación admite la denominación de Segundo Aval para aquellas garantías ofrecidas por el Estado de forma directa a las operaciones de crédito suscritas en el ámbito estrictamente privado por las Sociedades de Garantía Recíproca, pero no es menos cierto que la calificación de esta institución es, al menos en nuestra opinión, la subfianza. Y tan es así que el Real Decreto 874/1980, de 10 de abril, por el que se crea la Sociedad Mixta de Segundo Aval recoge los principios básicos del contrato de fianza tal y como se regula en el artículo 1.822 y siguientes del Código Civil, determinando en su artículo 3.º la cuantía de la indemnización que cubre los posibles fallidos o riesgos a los que alcanza la operación de la Sociedad Mixta. Pues bien, formulada esta precisión técnica, es necesario aclarar que el aval otorgado por la Sociedad Mixta de Segundo Aval se introdujo en España por el Real Decreto de 24 de octubre de 1980, ya citado, que por su naturaleza estrictamente habilitante requería una serie de operaciones de materialización que no se llevarán a cabo en ningún caso.

Aquel Real Decreto señaló que el Estado «podrá avalar a

las Sociedades de Garantía Recíproca... en cuanto a los créditos que concierten en el interior dichas sociedades... y por un importe máximo de 8.000 millones de pesetas». Este otorgamiento era de naturaleza discrecional y su aplicación se había de regular, aun cuando la norma no lo expresara, por los principios del contrato de fianza, tal y como se contienen en el Código Civil.

El Real Decreto no fue aplicado nunca, y difícilmente podría haberse hecho si tenemos en cuenta que se preveía su aplicación directa por el Ministerio de Hacienda, dentro del límite de avales que para cada sociedad fijara una Comisión en la que estarían presentes los representantes de diversos departamentos ministeriales, así como las propias Sociedades de Garantía Recíproca, y teniendo en cuenta la vigencia temporal de la propia Ley de Presupuestos que condicionaba su aplicación material.

La regulación contenida en aquella norma quedó sustituida por lo establecido en el artículo 23 de la Ley 74/1980, de 29 de diciembre, sobre Presupuestos Generales del Estado para 1981, que establece una autorización al Instituto de Crédito Oficial y entidades de él dependientes para garantizar, directamente o a través de una Sociedad Mixta con mayoría de capital público y por un importe máximo de 8.000 millones de pesetas, a las Sociedades de Garantía Recíproca por las operaciones de crédito avaladas por ellas y que sean concertadas en el interior por las pequeñas y medianas empresas, socios partícipes de las mismas. Todo ello durante el ejercicio presupuestario co-

rrespondiente al ámbito temporal de vigencia de la Ley.

La Ley de Presupuestos abría dos posibilidades respecto a la instrumentación de la garantía del Estado a las operaciones avaladas por las Sociedades de Garantía Recíproca. O bien se realizaba en forma directa por el Instituto de Crédito Oficial o sus entidades dependientes, es decir por los Bancos oficiales sometidos a la tutela de dicho Instituto, o bien se optaba por la creación de una sociedad que, constituida mayoritariamente con capital público, habría de respaldar, con la Garantía del Tesoro Público, en los términos que más adelante se precisarán, aquellas mismas operaciones realizadas por las Sociedades de Garantía Recíproca, siempre y cuando se tratara o se trate de operaciones concertadas en el interior y cuyos sujetos sean las pequeñas y medianas empresas.

La opción escogida ha sido la de crear una sociedad porque, a mi juicio con buen criterio, se ha desechado la hipótesis de una garantía directa por parte del ICO y de los Bancos oficiales, cuanto más por el propio Estado y su personificación, la Administración pública, dadas las dificultades de instrumentación de tal garantía mediante este sistema.

La exposición de motivos del Real Decreto por el que se crea la Sociedad Mixta de Segundo Aval, de 10 de abril de 1981, es clarificadora respecto de las razones que han aconsejado la elección de este sistema.

En efecto, este tipo de sociedad permite que, a través de la técnica del Derecho Privado, sea posible la consecución de una gestión mejor, más acomodada

al propio esquema de funcionamiento de las Sociedades de Garantía Recíproca y de las pequeñas y medianas empresas, así como de las instituciones financieras que facilitan la financiación a aquéllas.

Conviene recordar a este respecto que la Sociedad Mixta se constituye de esta forma en un instrumento importante de la acción del Estado en relación con las pequeñas y medianas empresas, complementaria de la que el propio Estado realiza de forma más directa sobre las grandes empresas. Por otra parte, la creación de la Sociedad Mixta va a generar una dinámica en relación con este tema que previsiblemente puede determinar, de una parte, un aumento en la capacidad de generación de garantías más allá de los límites que señala la Ley de Presupuestos de cada año como aval del Estado, y de otra su previsible, o posible al menos, independización de esa misma garantía estatal una vez se consolide su situación y se afiance su presencia en la vida financiera.

Nos interesa ahora destacar algunos puntos totalmente nuevos respecto de la mecánica operativa de esta sociedad, ya constituida, en relación con las operaciones que ha de garantizar. De estos puntos resalta, en nuestra opinión, la adjudicación a las Sociedades de Garantía Recíproca de los «cupos de avales» que permiten a éstas la atribución de la garantía de la Sociedad Mixta a aquellas operaciones que, reuniendo las características objetivas y subjetivas a que se refieren el Real Decreto de 10 de abril de 1981 y la Orden de 8 de septiembre del mismo año, consideren más

aptas dentro de la política que siga cada sociedad.

Ha de reconocerse que, en este punto, el paso dado por el legislador ha sido destacadamente importante. Podría haberse acudido a un sistema pretendidamente más ortodoxo cual sería el de que la Sociedad Mixta analizase, caso por caso, cada supuesto que las Sociedades de Garantía Recíproca le presentaran para la aplicación de la correspondiente garantía; sin embargo este sistema ofrecía indudables inconvenientes por lo que implicaba de dificultad en la gestión, complicando la agilidad operativa que se pretende alcanzar para la financiación de las pequeñas y medianas empresas.

En nuestra opinión, éste es uno de los puntos más destacados de la regulación contenida en el Real Decreto de 10 de abril de 1981, por lo que comporta como paso hacia adelante y muestra de confianza en los mecanismos de funcionamiento de las Sociedades de Garantía Recíproca. Piénsese que toda la agilidad que puede conseguirse en la obtención de un crédito ante un Banco o Caja de Ahorros podía haber quedado considerablemente limitada si hubiera habido que someter el análisis de cada operación a la consideración de la Sociedad Mixta.

Por otra parte, ello hubiera significado la creación de una sociedad que, por supervisora de las operaciones de cada SGR, hubiera sido un elemento de burocratización que al final diluiría y haría perder justificación a su propia creación.

Si la concepción de la Sociedad Mixta hubiera sido otra, es evidente que los entorpecimientos burocráticos, junto al recelo

con que se introducen las novedades legislativas en nuestro país, hubiera dificultado, o incluso impedido, el ágil funcionamiento de una sociedad que ha sido concebida precisamente para la consecución de un fin bien distinto.

Muy al contrario de esa opción burocrática, el legislador ha formulado un planteamiento nuevo, no exento de riesgos, pero que permite, por la atribución de esos cupos de avales a las SGR, que éstas imputen a esos cupos aquellas operaciones concretas que, dentro de los límites a que ya se ha hecho alusión genéricamente y que se analizarán, constituyan a juicio de las SGR operaciones merecedoras del aval de la Sociedad Mixta.

Ya hemos señalado que esta mecánica operativa comporta riesgos para la Sociedad Mixta, pero la generación de confianza que ello significa, la facilidad de acceso a la financiación de las pequeñas y medianas empresas y, por lo tanto, la potenciación de sus inversiones, con todas sus posibles secuelas, compensarán suficientemente aquellos riesgos que, por otra parte, podrán ser ponderados por la propia sociedad en razón a un relativo ámbito discrecional de actuación en el otorgamiento de esos cupos y algunas pequeñas cautelas que el legislador ha reservado a la sociedad.

Anticipábamos que era preciso analizar las características objetivas y subjetivas que han de concurrir en las operaciones y en los beneficiarios del aval otorgado por la Sociedad Mixta, pero antes vamos a examinar los requisitos que han de concurrir en las Sociedades de Garantía Recíproca para que

puedan tener acceso al otorgamiento de los cupos de avales por la Sociedad Mixta.

Ha de precisarse que la concurrencia de los requisitos en una SGR no constituye un derecho subjetivo perfecto para obtener la adjudicación de ese cupo de avales, por cuanto que, en este punto, la Sociedad Mixta goza de discrecionalidad para su otorgamiento. En efecto, el artículo 4.º del Real Decreto señala que la concesión de aquellos cupos se efectuará «en función de los criterios de riesgo habituales en las instituciones de crédito, exigiendo para ello las garantías que considere suficientes y en los términos establecidos en el presente Real Decreto y demás disposiciones vigentes que sean de aplicación».

Quiere decirse que, en nuestra opinión, en este ámbito la Sociedad Mixta tiene una mecánica operativa amplia, no limitada a la mera verificación de que, por parte de las Sociedades de Garantía Recíproca solicitantes, se cumplan unas condiciones subjetivas, tal y como se manifestó anteriormente. La Sociedad Mixta es libre de negar a una determinada SGR el otorgamiento de un cupo de avales, y lo es porque puede ponderar cuál sea la capacidad de las SGR, en función del criterio del «riesgo habitual en las instituciones de crédito» o bien que falten garantías suficientes por parte de la entidad solicitante o bien por la concurrencia de circunstancias derivadas de la anterior relación entre SGR y Sociedad Mixta, que determinen una negativa de esa Sociedad Mixta a hacer partícipe a la entidad solicitante de los beneficios del otorgamiento de su cupo de avales.

Cabría interpretar que, sin embargo, tal capacidad discrecional de otorgamiento ha de venir limitada por lo determinado en cuanto a la concurrencia de requisitos objetivos y subjetivos de las empresas beneficiarias y sus operaciones en el artículo 6.º, y ello por razón de la invocación que el Real Decreto hace respecto al contenido de la propia norma o a lo que establezcan otras disposiciones, mas ello sólo puede ser aceptado como válido en relación con el concreto mecanismo de aceptación a que se refiere la norma 3.ª de la Orden de 8 de septiembre de 1981, y, por lo tanto, queda al margen de esta primera fase en la que la Sociedad Mixta distribuye sus avales de forma global entre las Sociedades de Garantía Recíproca para que sean éstas las que concreten las operaciones a las que las han de aplicar, siempre que éstas reúnan las características que señala el artículo 6.º del Real Decreto y que las operaciones sean aceptadas por la Sociedad Mixta en los términos que oportunamente se verán.

Entramos así en la segunda parte de la mecánica operativa que estamos analizando y que nos ha permitido ya sentar un primer principio: la total discrecionalidad de la Sociedad Mixta en la concesión u otorgamiento de los cupos de avales a las Sociedades de Garantía Recíproca, no mediatizada tal decisión por la concurrencia de ninguna condición subjetiva u objetiva.

Las Sociedades de Garantía Recíproca, a las que el legislador ha otorgado un alto grado de confianza al permitirles la administración de los cupos de avales otorgados, pueden afectar éstos a una serie de operaciones siempre que tales opera-

ciones reúnan una serie de condiciones referidas tanto al contenido de éstas como a las empresas beneficiarias, y que se contemplan en el artículo 6.º

En cuanto a las empresas beneficiarias, han de tener suscritas un número de cuotas equivalentes al 4 por 100 del crédito avalado, tener desembolsadas en su totalidad las cuotas sociales de las Sociedades de Garantía Recíproca, no tener avaladas operaciones de crédito por importe superior al 2,5 por 100 del total de su capacidad de aval y que, cuando la empresa posea representación en el Consejo de la Sociedad de Garantía Recíproca, el importe del Segundo Aval no supere el 5 por 100 del cupo total otorgado a la Sociedad; en cuanto a las operaciones, la cuantía máxima de las deudas garantizables por el Segundo Aval no puede exceder, por operación, de 15 millones de pesetas, y el plazo de las mismas no podrá exceder de doce años, ni ser inferior a dieciocho meses.

Dando por supuesto que las Sociedades de Garantía Recíproca cumplen los objetivos de las disposiciones vigentes, analizando las operaciones que le sometan los empresarios a fin de avalar a sus empresas miembros en sus operaciones, es preciso que la SGR comunique a la Sociedad Mixta la atribución en concreto del Segundo Aval a una operación, debiendo entonces la Sociedad Mixta hacer constar su aceptación, para lo que cuenta con dos criterios limitativos. De una parte, un estricto plazo de siete días para rechazar la operación, y, de otra, que la operación no se ajuste en cuanto a las condiciones objetivas o subjetivas del

artículo 6.º, anteriormente expuesto.

Para cerrar este análisis sobre la materialización del Segundo Aval, ha de decirse que la operación requiere su documentación escrita por medio de una diligencia extendida por la propia Sociedad Mixta.

Al llegar a este punto es oportuno que volvamos a analizar el alcance que pueden tener los reparos a que se refiere la Orden Ministerial, sobre la base de que, si bien ésta hace referencia únicamente al incumplimiento de los requisitos formales del artículo 6.º del Real Decreto, sin embargo el carácter finalista del Segundo Aval parece que permite que, en determinadas circunstancias, una operación determinada pueda ser rechazada en función del análisis que la sociedad realice sobre la concurrencia o no de riesgos según los criterios generales que las instituciones de crédito tienen en cuenta. Quiere decirse con ello que pudiera entenderse que el estricto y literal cumplimiento de condiciones objetivas y subjetivas no da lugar, de forma automática, a la aplicación de la garantía si la Sociedad Mixta considera que el riesgo de la operación puede desbordar los que son «habituales», y con ello no se está estableciendo un criterio restrictivo respecto del funcionamiento de la Sociedad Mixta en relación con las operaciones concretas de las Sociedades de Garantía Recíproca, sino la posibilidad de una mecánica de defensa de la Sociedad frente a posibles operaciones en las que no se haya valorado suficientemente ese factor de riesgo.

Y es lógico que así sea porque, en definitiva, una sociedad

que va a responder de los fallidos que derivan del riesgo inherente a una operación, no puede quedar totalmente condicionada en la aplicación de la garantía por una interpretación estricta que la convierta en una mera oficina anotadora de las operaciones que afianza, imposibilitando un dinamismo de actuación que es la esencia misma de su objeto social. Es evidente que la operación garantizada con el Segundo Aval puede fallar y puede dar lugar a que entren en juego los mecanismos de garantías previstos para hacer frente a las deudas derivadas de ese fallido. En este punto el legislador, según ya se indicó, ha utilizado la técnica de la fianza, regulada en el artículo 1.822 y siguientes del Código Civil, limitando el pago de la indemnización a un 75 por 100 de la garantía otorgada por la Sociedad de Garantía Recíproca, sin que dicha indemnización cubra importes que no sean del principal, quedando por tanto excluidos los gastos, los intereses, los daños o los perjuicios.

¿Cuál es la razón fundamental de esta limitación? A nuestro juicio el legislador ha sido consciente de que, si no se acotaba el alcance de la indemnización podía suceder que nos situáramos ante unas indemnizaciones imprevisibles en su cuantía, y ello desbordaría las propias previsiones financieras de la Sociedad Mixta y, por supuesto, el montante de lo que el Estado garantiza a través de la cifra de avales señalada en la ley de Presupuestos. Creemos por tanto que la precisión del Real Decreto es imprescindible.

Aún existen otras consideraciones importantes respecto a las relaciones que las Sociedades de Garantía Recíproca tie-

nen con la Sociedad Mixta y que también han sido objeto de regulación, tal y como se previene en la Orden de 8 de septiembre de 1981. Básicamente se trata de concretar en qué forma, cuándo y de qué manera responde la Sociedad Mixta frente a las faltas de pago del deudor garantizado, cuando la Sociedad de Garantía Recíproca, a su vez, incumpla su obligación de pago como avalista. No hay que olvidar que la relación Sociedad Mixta-Sociedad de Garantía Recíproca presupone una relación a tres, es decir, que establecida la correspondiente relación contractual de tipo sinalagmático entre la entidad financiera y el pequeño empresario, éste solicita de la SGR el aval para su operación y ésta, a su vez, imputa esa operación, se entiende que no todas sino solamente algunas, al cupo de avales que la Sociedad Mixta le otorga, con lo que resulta que el fallido llega a la Sociedad Mixta sólo cuando el deudor y el primer avalista no pueden hacer frente al pago de la correspondiente cantidad, y la Sociedad Mixta sólo hace frente en las circunstancias ya aludidas, siempre que se acredite por el acreedor la reclamación y el agotamiento de los fondos por el deudor principal y el primer avalista. Para este supuesto la Sociedad Mixta se subroga en los derechos del acreedor a fin de resarcirse de las cantidades abonadas.

La Ley de Presupuestos de 1981 ha sido, en este punto, notoriamente incorrecta, y plantea un considerable problema de interpretación respecto al alcance que tiene la cobertura del Tesoro respecto a los posibles fallidos consecuencia de la actuación de la Sociedad Mixta, ya

que, de su tenor literal, se desprende que el Tesoro sólo cubre los fallidos correspondientes al Instituto de Crédito Oficial y entidades oficiales de crédito, pero no al resto de los socios miembros de la entidad, que está constituida no sólo por el Instituto de Crédito Oficial y los Bancos oficiales, sino también por el IRESCO, el IMPI y la Compañía Española de Crédito y Caución.

¿Cómo es posible instrumentar el quebranto del Tesoro para una parte de los socios y no para el resto, máxime cuando también los otros socios son de titularidad pública? ¿Y cómo es posible percibir una comisión por los posibles riesgos que produzca la operación de aval que ha de ser abonada por la sociedad, y por lo tanto repercutida entre todos sus socios, cuando sólo algunos de ellos son beneficiarios de las garantías del Tesoro? ¿Y cómo se determinará la parte de fallido que corresponde al ICO y Bancos oficiales y la que corresponde a los restantes socios?

Los interrogantes son suficientemente expresivos de aquella incorrección técnica a que aludíamos y evidencian la necesidad de que el legislador corrija estas irregularidades formulando en futuras leyes de Presupuestos para 1982 la garantía frente a los quebrantos de la Sociedad Mixta en su conjunto y no de alguno de sus socios partícipes, por un montante que en todo caso ha de ser superior a los 8.000 millones de pesetas establecidos en la Ley de 1981, si se quiere potenciar realmente la actividad de las pequeñas y medianas empresas tal y como el Gobierno ha señalado reiteradamente.

Este punto no sólo resulta fundamental para lanzar a la Sociedad Mixta, sino que debe constituir uno de sus objetivos prioritarios; sólo cuando la sociedad pueda estar respaldada por el Tesoro frente a posibles quebrantos producidos por sus operaciones, se podrá afirmar que la acción del Estado en relación con las pequeñas y medianas empresas es decidida.

Una última y reciente disposición ha completado el conjunto de normas aplicables al Segundo Aval del Estado y, por lo tanto, concernientes a la relación entre SGR y Sociedad Mixta. Nos referimos a la Orden de 21 de noviembre de 1981 por la que se regulan «las condiciones generales para los contratos para el otorgamiento del Segundo Aval», que significa la instrumentación formal del convenio que han de suscribir Sociedad Mixta y SGR a fin de plasmar en una realidad esta institución en la que tantas esperanzas ha puesto el pequeño y mediano empresario.

Sin embargo, del breve y sucinto análisis que hemos realizado quizás se deduzca una conclusión equívoca respecto al papel que la Administración tiene, ha de tener, en relación con el pequeño y mediano empresario y el fomento de la inversión, ya que, ni las Sociedades de Garantía Recíproca, ni la Sociedad Mixta del Segundo Aval constituyen los únicos ni los más importantes instrumentos de ayuda con que cuenta el pequeño y mediano empresario desde el sector público.

Sería injusto olvidar el papel que tiene el Banco de Crédito Industrial como Banco de la pequeña y mediana empresa, aunque no como Banco exclusivo

de este tipo de unidades económicas, papel que se acrecienta si se conocen las características y las condiciones con que otorga sus créditos, sobre todo en lo que se refiere al tipo de interés y al período de amortización de principal e intereses.

No siendo este lugar para extendernos sobre este punto, quede sólo la referencia para una más exacta información, sobre todo en lo que se refiere al mecanismo de actuación y participación del Estado en la inversión privada.

No quisiéramos concluir este trabajo sin efectuar algunas consideraciones sobre un tema que por su extrema utilidad debe ser objeto de atención por nuestra parte en cuanto que se inserta en la problemática y en la dinámica de la misma Sociedad Mixta del Segundo Aval: la subsidiaridad o la solidaridad en cuanto al aval a las SGR.

Las normas sustantivas de aplicación al contrato de fianza y a la subfianza contenidas en los artículos 1.822 y siguientes del Código Civil permiten que ésta pueda ser subsidiaria o solidaria, si bien en este último caso el fiador, y el subfiador, pierden el beneficio de excusión y, por lo tanto, pasan de forma inmediata a ser responsables ante los posibles impagos de la obligación principal de la que la fianza responde.

La solidaridad en las obligaciones es evidente que traslada al fiador más solvente los riesgos generados como consecuencia de los impagos efectuados por el deudor afianzado, dejando fuera de esa responsabilidad inmediata y directa a los fiadores insolventes, aunque también formen parte del afianzamiento

solidario. En el supuesto que contemplamos, la opción del legislador a favor del principio de subsidiaridad de la fianza, por lo tanto del aval, frente a la opción de solidaridad, tiene una justificación técnica, con independencia de otras de carácter político que no pueden ser ponderadas en este estudio. Se trata sencillamente de que la propia naturaleza del aval y sobre todo de la obligación sobre la que se cierne su garantía, al no estar directamente vinculada con el interés público, no permite aplicar una técnica como la de la responsabilidad solidaria que, por otra parte, desnaturalizaría la propia esencia de las Sociedades de Garantía Recíproca y conduciría a su extinción y a su ineficacia. El único correlato posible a esa situación tendría que venir por el hecho de que se reservara a la Sociedad Mixta el análisis de todas y cada una de las operaciones a las que aplicase el Segundo Aval, ya que, de no ser así, la Sociedad Mixta podría convertirse en un instrumento en manos privadas sin garantía respecto a su gestión e ineficaz en relación con la tutela de los intereses públicos que, al menos globalmente, habría que considerar como los únicos que han podido justificar su creación en la medida en que es el concepto de servicio público impropio el que preside su creación.

Pretender que la Sociedad Mixta sea un cajón en el que quepan todos los posibles fallidos derivados de una gestión que no puede controlar la propia Sociedad Mixta, sólo puede hacerse por quienes desconocen la naturaleza y la esencia de la Administración Pública en cuanto que ha de servir con objetividad los intereses gene-

rales. Razones, pues, estrictamente técnicas han llevado al legislador a escoger una opción que parece intachable, sobre todo si se tiene en cuenta el margen de flexibilidad que significa el otorgamiento de los cupos de avales.

III. CONCLUSIONES

Hemos intentado a través de esta exposición analizar la forma operativa en que las Sociedades de Garantía Recíproca van a actuar en el tráfico jurídico y en el mundo financiero, mediante la constitución de la Sociedad Mixta de Segundo Aval. Del análisis realizado cabe sacar algunas conclusiones:

1. Las Sociedades de Garantía Recíproca constituyen en sí mismas instrumentos eficaces, pero no suficientes, para impulsar la financiación de las pequeñas y medianas empresas a través de un sistema de garantía mutua que permite a los socios partícipes tomar riesgos que pueden ser avalados por las SGR. El número de Sociedades de Garantía Recíproca inscritas es, en este momento, de 15, y es de desear su potenciación y su impulso a fin de que constituyan un motor para facilitar la inversión de aquel tipo de empresas.

2. La necesidad de un cierto grado de tutela y protección estatal a las pequeñas y medianas empresas tiene un determinante cauce de expresión en la creación de la Sociedad Mixta del Segundo Aval, en cuanto que ésta garantiza, dentro de unos límites prudenciales, las operaciones concertadas por las empresas pequeñas y medianas, miembros de las So-

ciedades de Garantía Recíproca, de las que éstas, administrando por sí mismas los cupos de avales que les adjudique la Sociedad Mixta, constituyen el elemento de engarce con esa actividad de tutela.

3. La Sociedad Mixta debe adquirir una dinámica propia que le permita independizarse plenamente de la acción directa del Estado, para lo que es preciso, de una parte, clarificar el alcance de la garantía que el Estado otorgue y, de otra, aumentar el techo de los avales.

El juicio sobre la creación de la Sociedad Mixta del Segundo Aval y las relaciones de ésta con las Sociedades de Garantía Recíproca es, en cualquier caso, positivo, dado que el impulso que requiere la inversión en la pequeña y mediana empresa va a encontrar, a buen seguro, un instrumento fundamental en dichas entidades. Buena prueba de ello es que, constituida la Sociedad Mixta el pasado mes de julio, ha adjudicado ya una parte importante del techo de avales correspondiente a 1981 entre las diversas Sociedades de Garantía Recíproca solicitantes, esperando que, si no todo, al menos gran parte de ese conjunto de garantías se afecte a operaciones de pequeños y medianos empresarios, cumpliendo así los objetivos perseguidos con la creación de la sociedad. No obstante, será preciso superar algunos obstáculos para el buen funcionamiento de la Sociedad Mixta, que de no superarse pueden resultar elementos negativos para su actividad.