

INFORME SOBRE LA RECLAMACIÓN PRESENTADA, AL AMPARO DEL ARTÍCULO 26 DE LA LEY 20/2013, DE 9 DE DICIEMBRE, DE GARANTÍA DE LA UNIDAD DE MERCADO, EN RELACIÓN CON LOS CRITERIOS DE ACCESO Y VALORACIÓN FIJADOS EN LA RESOLUCIÓN DE 4 DE MARZO DE 2021 RELATIVA A LA CONCESIÓN DE SUBVENCIONES PÚBLICAS PARA LA EJECUCIÓN DE PROGRAMAS DE FORMACIÓN DE ÁMBITO ESTATAL DIRIGIDOS PRIORITARIAMENTE A LAS PERSONAS OCUPADAS DEL SECTOR TURÍSTICO

Expediente: UM/028/21

PLENO

Presidenta

D^a Cani Fernández Vicién

Vicepresidente

D. Ángel Torres Torres

Consejeros

D^a María Ortiz Aguilar

D. Mariano Bacigalupo Saggese

D^a María Pilar Canedo Arrillaga

D. Bernardo Lorenzo Almendros

D. Xavier Ormaetxea Garai

D^a Pilar Sánchez Núñez

D. Carlos Aguilar Paredes

D. Josep Maria Salas Prat

Secretario

D. Joaquim Hortalà i Vallvé

En Madrid, a 5 de mayo de 2021

I. ANTECEDENTES Y OBJETO DEL INFORME

Mediante escrito presentado el día 30 de marzo de 2021 en el Registro General del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital, se ha planteado una reclamación al amparo del artículo 26 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado (LGUM) contra determinados criterios de acceso y valoración contenidos en la Resolución de 4 de marzo de 2021, del Servicio Público de Empleo Estatal (en adelante, SEPE) publicada en el BOE núm. 64, de 16 de marzo de 2021, por la que se aprueba la convocatoria para la concesión de subvenciones públicas para la ejecución de programas de formación de ámbito estatal, dirigidos

prioritariamente a las personas ocupadas del ámbito sectorial del Turismo, en el marco del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia.

A juicio del reclamante, los criterios de acceso a la convocatoria establecidos en el artículo 13 apartados 4 y 5 de la Resolución de 4 de marzo de 2021, así como los criterios valorativos de las solicitudes de subvenciones contenidos en el apartado c) del Anexo VIII de la citada resolución resultan contrarios a los principios de necesidad, proporcionalidad y no discriminación de los artículos 5 y 18 LGUM, favoreciendo a las empresas que cuentan con mayor volumen de facturación y con mayor implantación en todo el territorio estatal en detrimento de las de menor tamaño.

II. CONSIDERACIONES

II.1) Disposiciones objeto de reclamación.

La reclamación tiene por objeto los siguientes apartados de la Resolución de 4 de marzo de 2020:

- (i) Criterios de acceso (artículo 13 apartados 4 y 5): dentro de los requisitos y acreditación se exige a las entidades solicitantes contar, al menos, con tres personas contratadas a jornada completa por cuenta ajena desde el 15 de enero de 2020 y mantener, durante el período de ejecución del respectivo programa, al menos, la plantilla media que tuvieran desde el 15 de enero de 2020, hasta la fecha de publicación de la convocatoria:

*4. A tal fin las entidades beneficiarias deberán acreditar la disponibilidad de instalaciones y recursos humanos adecuados que la entidad destinará a la ejecución del programa de formación, indicando si son de titularidad propia o si su disponibilidad proviene de cualquier otra atribución válida en derecho. Esta información se acreditará mediante la presentación de una declaración responsable del representante legal junto con la solicitud de la subvención. **Deberán contar con, al menos, tres personas contratadas a jornada completa por cuenta ajena desde el 15 de enero de 2020.***

*5. Las entidades beneficiarias de las subvenciones deberán **mantener, durante el periodo de ejecución del respectivo programa, al menos la plantilla media que tuvieran desde el 15 de enero de 2020 hasta la fecha de publicación de la presente convocatoria.***

A estos efectos se computará como plantilla las personas trabajadoras que hayan sido afectadas por expedientes temporales de regulación de empleo (ERTE)

- (ii) La fórmula de valoración de las solicitudes de subvención de las entidades solicitante (Anexo VIII, apartado c.1) en la que, para medir la capacidad de la entidad se introduce un método de puntuación (con un máximo de 6 puntos sobre 100) que depende directamente del número de personas contratadas por cuenta ajena dedicadas a la ejecución de los programas de formación de que disponga la entidad solicitante.

c.1) Disposición de Recursos humanos propios de las entidades beneficiarias dedicados al desarrollo y ejecución de los programas de formación, con una puntuación máxima de 6 puntos.

Para medir este ítem se tomará el valor obtenido en la relación entre los recursos humanos propios, contratados por cuenta ajena, de la entidad beneficiaria dedicados al desarrollo y ejecución de los programas de formación y la subvención solicitada por dicha entidad en el conjunto de la convocatoria.

Asimismo, la convocatoria recoge la siguiente tabla de puntuación dependiendo del mayor o menor valor obtenido de la relación entre el importe de la subvención solicitada y las personas trabajadoras de la entidad beneficiaria dedicadas a los programas formativos:

DISPOSICIÓN DE RRHH PROPIOS	
1. Cuando el valor obtenido de la relación entre la subvención solicitada en el conjunto de la convocatoria y las personas trabajadoras de la entidad beneficiaria dedicadas a los programas formativos, sea superior a 300.000 euros.	0
2. Cuando el valor obtenido de la relación entre la subvención solicitada en el conjunto de la convocatoria y las personas trabajadoras de la entidad beneficiaria dedicadas a los programas formativos, se encuentre en el intervalo entre 300.000 euros y 275.000 euros.	2
3. Cuando el valor obtenido de la relación entre la subvención solicitada en el conjunto de la convocatoria y las personas trabajadoras de la entidad beneficiaria dedicadas a los programas formativos, se encuentre en el intervalo inferior a 275.000 euros y 250.000 euros.	4
4. Cuando el valor obtenido de la relación entre la subvención solicitada en el conjunto de la convocatoria y las personas trabajadoras de la entidad beneficiaria dedicadas a los programas formativos, sea inferior a 250.000 euros	6
TOTAL	6

- (iii) La fórmula de valoración de las solicitudes de subvención de las entidades solicitantes (Anexo VIII, apartado c.1) que trata de forma diferente a las entidades individuales de las agrupaciones, al establecer un criterio de valoración específico aplicable a éstas últimas. Según dicho criterio, la puntuación de la agrupación se obtiene realizando la

media aritmética entre el sumatorio de las puntuaciones de cada una de las entidades integrantes en la agrupación y el número de entidades beneficiarias.

En el caso de agrupaciones, se obtendrá la puntuación por cada entidad y se realizará la media aritmética entre el sumatorio de las puntuaciones y el número de entidades beneficiarias.

II.2) Normativa aplicable a las convocatorias de subvenciones del SEPE.

II.2.1.- Ámbito de actuación del SEPE en el ámbito de las ayudas a la formación profesional.

En los artículos 6.3 y 24.2 de la Ley 30/2015, de 9 de septiembre, por la que se regula el Sistema de Formación Profesional para el Empleo en el ámbito laboral (Ley 30/2015), se recoge el ámbito de actuación del SEPE en el ámbito de actuación formativa.

Por un lado, el artículo 6.3 dispone que:

La parte de los fondos de formación para el empleo fijada en la Ley de Presupuestos Generales del Estado que deba ser gestionada por el Servicio Público de Empleo Estatal se aplicará a las acciones e iniciativas formativas que requieran de una actuación coordinada y homogénea para integrar los diversos componentes multisectoriales e interterritoriales implicados en las correspondientes ayudas. Igualmente se aplicarán a las acciones e iniciativas formativas relacionadas con el ejercicio de competencias exclusivas del Estado o que se dirijan a trabajadores inmigrantes en sus países de origen.

Por otro lado, el artículo 24.2 detalla el ámbito de actuación formativa del SEPE, indicando que:

2. En el ámbito estatal, el Servicio Público de Empleo Estatal desarrollará las funciones de programación, gestión y control de la formación profesional para el empleo en los siguientes supuestos:

- a) *Las actividades de evaluación, seguimiento y control de las iniciativas de formación financiadas mediante bonificaciones en las cuotas de la Seguridad Social que **se aplican las empresas que tengan sus centros de trabajo en más de una Comunidad Autónoma.***
- b) ***Programas o acciones formativas que trasciendan el ámbito territorial de una Comunidad Autónoma** y requieran de la intervención del Servicio Público de Empleo Estatal para garantizar una acción coordinada y homogénea. Reglamentariamente se determinarán los supuestos en los que concurren estos requisitos. (...)*

Las actuaciones del SEPE en el caso del artículo 24.2.b) se desarrollan en el artículo 35.1 del Real Decreto 694/2017, de 3 de julio, por el que se desarrolla la Ley 30/2015 y en la Orden TMS/368/2019, de 28 de marzo, por la que se desarrolla el citado Real Decreto en relación con la oferta formativa de las administraciones competentes y su financiación y se establecen las bases reguladoras para la concesión de subvenciones públicas destinadas a su financiación.

II.2.2.- Principios que deben observar las convocatorias de ayudas del SEPE.

En el artículo 13.3 de la Ley 30/2015 se declara que:

Se garantizarán los principios de publicidad, objetividad y libre concurrencia en la gestión de las convocatorias públicas para la financiación de la actividad formativa. Los organismos gestores publicarán en sus páginas web, una vez finalizado el citado proceso, la relación de entidades beneficiarias con especificación del tipo o líneas de programa, la puntuación técnica y la financiación obtenidas.

Por su parte, el artículo 10 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 o norma que lo sustituya (norma declarada expresamente aplicable por la Resolución de 4 de marzo de 2021 objeto de este informe) señala la necesidad de respetar los principios de publicidad, igualdad y no discriminación, concurrencia, transparencia, y proporcionalidad. Y, especialmente, los requisitos cualitativos y cuantitativos de acreditación de empresas y sus criterios de valoración deberán respetar, específicamente, los principios de necesidad, proporcionalidad y no discriminación.

II.2.3.- Requisitos de las empresas solicitantes de las ayudas convocadas.

Según lo dispuesto en el artículo 11.3 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones:

Cuando se prevea expresamente en las bases reguladoras, podrán acceder a la condición de beneficiario las agrupaciones de personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, las comunidades de bienes o cualquier otro tipo de unidad económica o patrimonio separado que, aun careciendo de personalidad jurídica, puedan llevar a cabo los proyectos, actividades o comportamientos o se encuentren en la situación que motiva la concesión de la subvención.

*Cuando se trate de agrupaciones de personas físicas o jurídicas, públicas o privadas sin personalidad, **deberán hacerse constar expresamente, tanto en la solicitud como en la resolución de concesión, los compromisos de ejecución asumidos por cada miembro de la agrupación, así como el importe de subvención a aplicar por cada uno de ellos, que tendrán***

igualmente la consideración de beneficiarios. En cualquier caso, deberá nombrarse un representante o apoderado único de la agrupación, con poderes bastantes para cumplir las obligaciones que, como beneficiario, corresponden a la agrupación. No podrá disolverse la agrupación hasta que haya transcurrido el plazo de prescripción previsto en los artículos 39 y 65 de esta ley.

Por su parte, en el artículo 6 de la Orden TMS/368/2019, ya citada, se establecen los requisitos de las empresas solicitantes de las ayudas del SEPE, previéndose la participación tanto de empresas individuales como de agrupaciones:

*Serán beneficiarios de las subvenciones las entidades de formación públicas o privadas, acreditadas y/o inscritas en el correspondiente Registro de Entidades de Formación, para las especialidades formativas objeto de la formación, ya sea en la modalidad presencial, de teleformación o mixta, y con presencia en el ámbito territorial al que vaya dirigida la convocatoria, debiendo disponer en dicho ámbito de instalaciones debidamente inscritas y/o acreditadas que permitan la impartición de las especialidades formativas solicitadas. De acuerdo con lo establecido en el artículo 15.3 de la Ley 30/2015, de 9 de septiembre, las instalaciones y recursos podrán ser propios o bien de titularidad de terceras entidades privadas o públicas **cuando ello no implique subcontratar la ejecución de la actividad formativa**, debiendo aportar en este caso el correspondiente acuerdo o contrato de disponibilidad.*

Las convocatorias, en el marco de la normativa aplicable, establecerán las condiciones y forma de acreditación de lo previsto en el párrafo anterior.

2. Podrán tener asimismo la condición de beneficiarias las agrupaciones contempladas en el artículo 11.3 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, con presencia en el ámbito territorial al que vaya dirigida la convocatoria, debiendo disponer en dicho ámbito de instalaciones debidamente inscritas y/o acreditadas que permitan la impartición de las especialidades formativas solicitadas, constituidas por entidades de formación públicas o privadas, acreditadas y/o inscritas en el correspondiente Registro de Entidades de Formación, para las especialidades formativas objeto de la formación, ya sea en la modalidad presencial, de teleformación o mixta. **Las agrupaciones deberán nombrar un representante o apoderado único de la agrupación con poderes bastantes para cumplir las obligaciones que, como beneficiario, corresponden a la agrupación. Cada entidad agrupada deberá ejecutar la parte del programa de formación comprometido. La agrupación no podrá disolverse hasta que haya transcurrido el plazo de prescripción previsto en los artículos 39 y 65 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre.**

Del anterior precepto se desprende, por un lado, que la actividad formativa debe ser impartida por la entidad beneficiaria directamente, sin que pueda ser objeto de subcontratación, si bien no se establece la obligación de contar con determinado número mínimo de personal formativo. Por otro lado, en el supuesto de concurrir agrupaciones de empresas, cada una de las partícipes

asume una parte de la ejecución del proyecto subvencionado (“compromiso de ejecución”).

II.3) Análisis del asunto desde la perspectiva de los principios de necesidad y proporcionalidad del artículo 5 de la LGUM y del artículo 4 de la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público.

II.3.1.- Contenido del artículo 5 LGUM

Del artículo 2 LGUM en relación con la letra b) del Anexo de la misma norma se desprende que la LGUM se aplica a *“cualquier actividad de carácter empresarial o profesional que suponga la ordenación por cuenta propia de los medios de producción, de los recursos humanos, o ambos, con la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes o en la prestación de servicios”*.

Por tanto, y siendo la actividad de formación profesional una actividad económica, le resulta de aplicación plena la LGUM. De hecho, así lo ha admitido la Audiencia Nacional en diversas sentencias¹.

En lo que se refiere al principio de necesidad y proporcionalidad, el artículo 5 de la LGUM los define de la siguiente manera:

1. Las autoridades competentes que en el ejercicio de sus respectivas competencias establezcan límites al acceso a una actividad económica o su ejercicio de conformidad con lo previsto en el artículo 17 de esta Ley o exijan el cumplimiento de requisitos para el desarrollo de una actividad, motivarán su necesidad en la salvaguarda de alguna razón imperiosa de interés general de entre las comprendidas en el artículo 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio. 2. Cualquier límite o requisito establecido conforme al apartado anterior, deberá ser proporcionado a la razón imperiosa de interés general invocada, y habrá de ser tal que no exista otro medio menos restrictivo o distorsionador para la actividad económica.

En el mismo sentido se pronuncia el artículo 4 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP), que recoge los principios de intervención de las Administraciones Públicas para el desarrollo de una actividad.

En cuanto a la necesidad de la restricción, ésta debe motivarse en la salvaguarda de alguna razón imperiosa de interés general de entre las comprendidas en el artículo 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, por remisión al

¹ Por todas, sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 10 de mayo de 2019 (recurso 02/2017)

mismo del artículo 5 LGUM. El citado artículo 3.11 define “razón imperiosa de interés general” como:

razón definida e interpretada la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, limitadas las siguientes: 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.

II.3.3.- Aplicación de los principios de necesidad y proporcionalidad del artículo 5 LGUM a las disposiciones del SEPE objeto de reclamación

A) Exigencia de contar con un mínimo de tres formadores contratados con anterioridad a la convocatoria y su mantenimiento para solicitar las ayudas del SEPE (artículo 13 apartados 3 y 4)

En los apartados 4 y 5 del artículo 13 de la Resolución reclamada se exige contar con un mínimo de tres formadores, contratados por cuenta ajena antes de la convocatoria y cuya contratación debe mantenerse durante determinado periodo de tiempo. A juicio del reclamante, ello implicaría exigir una dimensión mínima a la empresa solicitante de las ayudas (tres asalariados), lo que supondría una discriminación respecto a empresas de mayor tamaño.

Como se ha señalado anteriormente, toda restricción de acceso a la actividad económica deberá estar motivada en la salvaguarda de alguna razón imperiosa de interés general de entre las comprendidas en el artículo 3.11 de la Ley 17/2009 y ser proporcionada respecto a la razón invocada, debiendo justificarse la inexistencia de otro medio menos restrictivo o distorsionador de la actividad afectada.

La justificación del requisito relativo a la dimensión mínima de la empresa no figura en la Resolución de 4 de marzo de 2021, cuya exposición de motivos se limita a señalar, al respecto del número mínimo de trabajadores, que se establece una “*obligación de mantenimiento de la plantilla media de las entidades beneficiarias durante la ejecución de los programas formativos*”. Esta motivación sería particularmente exigible en vista del cambio de criterio que dicha Resolución supone respecto a la última convocatoria de subvenciones para la formación publicada por el SEPE en enero de 2019 en la que no se exigía a las entidades solicitantes una plantilla mínima².

² <https://www.pap.hacienda.gob.es/bdnstrans/GE/es/convocatoria/435816#>

Sin perjuicio de que la medida propuesta pudiera pretender responder a una finalidad legítima basada en alguna razón imperiosa de interés general, como pudiera ser la necesidad de que la entidad beneficiaria cuente con capacidad y solvencia acreditadas para no incurrir en riesgo de incumplimiento de las obligaciones que la concesión de la subvención implica, , lo cierto es que no se aprecia relación de causalidad entre la restricción prevista y la supuesta razón imperiosa de interés general que la autoridad competente pudiera pretender perseguir.

A este respecto, debe recordarse que, en ámbitos distintos, en este caso el de transporte, los Tribunales han rechazado la exigencia de una dimensión mínima a las empresas por la vía de supeditar el acceso a la actividad al hecho de estar en disposición de una flota mínima de vehículos, medida que se ha considerado innecesaria y desproporcionada (en particular, Sentencia del Tribunal Supremo núm. 921/2018, de 4 de junio de 2018).

B) Valoración, con un máximo de 6 puntos, del volumen de trabajadores por cuenta ajena de la empresa solicitante del apartado C1 del Anexo VIII

El volumen de trabajadores por cuenta ajena de la empresa solicitante recibe una valoración máxima de 6 puntos sobre un total de 15 puntos dentro del apartado de la capacidad formativa. Los otros tres apartados de valoración de las ofertas, según el artículo 17 de la convocatoria, son: favorecimiento de colectivos prioritarios (20 puntos), adecuación de la oferta formativa (60 puntos) y diversificación de la oferta (5 puntos).

Por ello, puede señalarse que el criterio del volumen de personal contratado tiene una incidencia no significativa en la valoración de las ofertas, al representar poco más de un tercio de su apartado (6 sobre 15 puntos) y un seis por ciento del cómputo general (6 sobre 100 puntos).

No estaríamos, por tanto, en este caso, ante un criterio desproporcionado de valoración como los enjuiciados por la Audiencia Nacional en otros supuestos de convocatorias formativas, como, por ejemplo, el de la Sentencia de 29 de octubre de 2019 (recurso 7/2017) en el que el criterio discutido y anulado suponía 55 puntos sobre 100 y resultaba determinante para decidir la adjudicación de las ayudas.

C) Método de valoración de las agrupaciones empresariales incluido en el apartado C.1) del Anexo VIII

Tal y como se ha indicado anteriormente en este informe, en el apartado C1 del Anexo VIII se establece el siguiente criterio específico de valoración aplicable

a las agrupaciones empresariales que difiere del aplicado a las entidades que se presentan de forma individual.

En el caso de agrupaciones, se obtendrá la puntuación por cada entidad y se realizará la media aritmética entre el sumatorio de las puntuaciones y el número de entidades beneficiarias.

Esto es, la agrupación no es puntuada de forma global (como un todo) por las características del conjunto del proyecto formativo presentado, sino que son objeto de valoración cada una de las empresas partícipes para luego efectuar una “media” de las puntuaciones obtenidas por cada una de ellas.

Por un lado, es cierto que el artículo 11.3 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, exige que cada empresa partícipe de la agrupación se comprometa expresamente a ejecutar la parte del proyecto que le corresponda, pero nada se indica acerca de que la valoración de este tipo de formaciones haya de hacerse mediante la media aritmética entre el sumatorio de puntuaciones y el número de entidades beneficiarias.

La valoración establecida no tiene en cuenta las posibles “sinergias” generadas entre empresas agrupadas, sino que considera a la agrupación como una simple media aritmética de las puntuaciones de las entidades agrupadas. Además, la aplicación de la valoración propuesta puede tener como resultado que a igual número de recursos humanos y de subvención solicitada, una entidad individual y una agrupación obtengan puntuaciones distintas.

En este supuesto, la regulación de la convocatoria del SEPE valora individualmente las características de cada empresa de la agrupación en vez de realizar una valoración conjunta del proyecto presentado por dicha agrupación. Y ello sin basarlo en ninguna razón imperiosa de interés general ni justificar la proporcionalidad del juicio valorativo escogido. Por este motivo, a salvo de las explicaciones que pueda dar la autoridad competente, debe considerarse cuestionable desde la perspectiva de los principios de necesidad y proporcionalidad del artículo 5 LGUM.

III. CONCLUSIONES

A juicio de esta Comisión:

1º.- La exigencia de disponer de un número mínimo de trabajadores por cuenta ajena y de su mantenimiento impuesta en el artículo 13, apartados 4 y 5, de la Resolución de 4 de marzo de 2021 podría resultar discriminatoria, sin que conste motivación sobre su inclusión. Tampoco se aprecia vínculo causal alguno, ni una posible justificación para la salvaguarda de una razón imperiosa de interés general.

2º.- El criterio valorativo basado en el volumen de personal contratado no tendría incidencia significativa en la valoración de las ofertas y, por lo tanto, no sería desproporcionado en los términos de la LGUM.

3º.- A falta de una adecuada justificación por parte de la autoridad competente, cabría cuestionar desde la perspectiva del principio de necesidad y proporcionalidad el criterio valorativo de las agrupaciones empresariales consistente en considerar la media aritmética entre el sumatorio de las puntuaciones y el número de entidades de la agrupación, en lugar de realizar una valoración conjunta del proyecto de esa agrupación.