

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, CON REFERENCIA A LA DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LAS EMPRESAS SOLICITANTES Y A SU EXPERIENCIA PREVIA EN LA COMUNIDAD AUTÓNOMA VALENCIANA PARA OBTENER SUBVENCIONES A LA FORMACIÓN EN CAPACIDADES DIGITALES PARA PERSONAS DESEMPLEADAS

Expediente: UM/011/22

PLENO

Presidente

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. Xabier Ormaetxea Garai

D^a Pilar Sánchez Núñez

D. Carlos Aguilar Paredes

D. Josep Maria Salas Prat

Secretario del Consejo

D. Miguel Bordiu García-Ovies

En Madrid, a 22 de febrero de 2022

I. ANTECEDENTES Y OBJETO DEL INFORME

Mediante cuatro escritos presentados los días 31 de enero y 01 de febrero de 2022 en el Registro General del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital, se plantea 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 el contenido discriminatorio de determinados apartados de la Resolución de 27 de diciembre de 2021, de la Dirección General de LABORA Servicio Valenciano de Empleo y Formación, por la que se aprueba la convocatoria para la concesión de subvenciones públicas con cargo al ejercicio presupuestario 2022, para la ejecución del programa de formación en capacidades digitales para

personas desempleadas para impulsar el emprendimiento y el desarrollo rural y reducir la brecha de género, en el marco del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia. Dicha resolución fue publicada en la página 55383 y siguientes del Diario Oficial de la Generalitat Valenciana (DOGV) núm. 9245, de 29 de diciembre de 2021 (expediente 2021/13045)¹.

La SECUM ha dado traslado a la CNMC de la reclamación a los fines del artículo 26 de la LGUM.

II. OBJETO DE LA RECLAMACIÓN

Es objeto de reclamación el Resuelvo Segundo (Financiación e importe de la convocatoria), Resuelvo Tercero (Entidades beneficiarias) así como del Anexo I (Criterios de valoración de solicitudes) de la Resolución de 27 de diciembre de 2021, de la Dirección General de LABORA Servicio Valenciano de Empleo y Formación, por la que se aprueba la convocatoria para la concesión de subvenciones públicas con cargo al ejercicio presupuestario 2022, para la ejecución del programa de formación en capacidades digitales para personas desempleadas para impulsar el emprendimiento y el desarrollo rural y reducir la brecha de género, en el marco del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia. Dicha resolución fue publicada en la página 55383 y siguientes del Diario Oficial de la Generalitat Valenciana (DOGV) núm. 9245, de 29 de diciembre de 2021 (expediente 2021/13045)².

El reclamante considera que el Resuelvo Segundo (Financiación e importe de la convocatoria) y el Resuelvo Tercero (Entidades beneficiarias) introducen reservas de crédito diferenciadas en función de la naturaleza de las entidades solicitantes que resulta ilegal y discriminatoria y, por ello, contraria a los artículos 3 y 18.2.i) de la LGUM.

En el Resuelve Segundo se fija el importe total de las ayudas en 19.437.600 euros, distribuyéndose la mitad (9.718.800) a favor de entidades privadas sin ánimo de lucro, entidades locales y otros organismos públicos, organizaciones sindicales y organizaciones empresariales. La otra mitad (9.718.800 euros) se reserva a otro tipo de entidades beneficiarias.

Y, en el Resuelve Tercero, se exige a las entidades beneficiarias tener presencia en el ámbito territorial de la Comunitat Valenciana así como, como máximo en la fecha de finalización de presentación de las solicitudes, de instalaciones en dicha Comunidad autónoma que les permita la impartición de las distintas especialidades formativas.

¹ <https://dogv.gva.es/es/resultat-dogv?signatura=2021/13045&L=0>.

² <https://dogv.gva.es/es/resultat-dogv?signatura=2021/13045&L=0>.

Por otro lado, el reclamante estima que el Anexo I (Criterios de valoración de solicitudes) discrimina por razón de la naturaleza de la entidad solicitante y prima desproporcionadamente la experiencia obtenida en convocatorias de LABORA sobre cualesquiera otras, vulnerándose por esta razón los arts. 3, 5 y 18.2.a) de la LGUM.

Concretamente, en el apartado A) del Anexo I se valora la adecuación de la naturaleza y características de la entidad solicitante de la ayuda en relación con el colectivo prioritario destinatario de la formación (mujeres desempleadas residentes en municipios despoblados o rurales, según Resuelve Cuarto de la convocatoria). Así, se concede la máxima puntuación de dicho apartado A (25 puntos) a las entidades locales de menos de 30.000 habitantes. A continuación, reciben 20 puntos las entidades sin ánimo de lucro cuyo fin estatutario sea apoyar a mujeres desempleadas en medio rural. A las entidades no locales pero que cuenten con centros de formación en municipios de menos de 30.000 habitantes para estas especialidades de formación digital se les otorgan 15 puntos. En cambio, las entidades locales y no locales de municipios cuya población sea igual o superior a los 30.000 habitantes recibirán 10 puntos, si bien en el caso de la entidad no local (particular) se exige que cuente en sus Estatutos con el fin de ayudar a mujeres desempleadas. Finalmente, el resto de entidades, tanto públicas como privadas, reciben 5 puntos.

Y, con relación al apartado B) del Anexo, sobre la capacidad acreditada de los solicitantes de ayudas para llevar a cabo la formación, los 15 puntos otorgados se valoran únicamente con relación a anteriores convocatorias de los ejercicios 2019 y 2020 del Servicio Valenciano de Empleo y Formación (LABORA)

III. INCLUSIÓN DE LA ACTIVIDAD DE SERVICIOS DE FORMACIÓN EN EL ÁMBITO DE LA LGUM

El apartado b) del Anexo de la LGUM define las actividades económicas como: *“b) Actividad económica: 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”*.

La actividad analizada, esto es, la prestación de servicios de formación laboral está incluida en el ámbito de aplicación de la LGUM, tal y como dispone el artículo 2³ y ha confirmado la Audiencia Nacional en numerosas sentencias⁴.

³ *“Esta Ley será de aplicación al acceso a actividades económicas en condiciones de mercado y su ejercicio por parte de operadores legalmente establecidos en cualquier lugar del territorio nacional.”*

⁴ Por todas, la Sentencia de 2 de julio de 2021 recaída en el recurso 1/2020.

IV. ANÁLISIS DE LA RECLAMACIÓN DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LA LGUM

IV.1 Consideraciones generales y objeto de la reclamación

En materia de acceso y ejercicio a las actividades económicas, el artículo 16 de la LGUM parte de un principio general de libre iniciativa económica: *“El acceso a las actividades económicas y su ejercicio será libre en todo el territorio nacional y sólo podrá limitarse conforme a lo establecido en esta Ley y a lo dispuesto en la normativa de la Unión Europea o en tratados y convenios internacionales”*.

Así pues, la libre iniciativa económica, que supone el libre acceso y ejercicio de la actividad, solo podrá limitarse, de forma excepcional, cuando exista una razón imperiosa de interés general que lo justifique, y cuando la limitación sea adecuada a dicha razón de interés general y sea asimismo la menos restrictiva posible, según el artículo 5 de la LGUM:

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.

Las razones imperiosas de interés general están previstas 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, en los siguientes términos: *“«Razón imperiosa de interés general»: 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”*.

Por otro lado, el artículo 3 LGUM, relativo al principio de no discriminación, señala que:

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

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

Este precepto es desarrollado por el artículo 18 LGUM, cuyo apartado 2.a) epígrafes 1º y 2º prevé:

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

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

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

Este artículo de la LGUM fue declarado constitucional por la Sentencia del TC 121/2018 de 31 de octubre de 2018 (BOE núm.294 de 06.12.2018), en cuyo Fundamento 3º se dice que:

A ello hemos de añadir, en línea con lo que ya declaramos en la precitada STC 79/2017, que en este caso, el artículo 18.2 a).1 de la Ley 20/2013, al considerar discriminatorio otorgar ventajas a actividades económicas por el solo hecho de llevarse a cabo en un determinado territorio, está garantizando la unidad de mercado, finalidad que se encuentra amparada en la competencia básica estatal del artículo 149.1.13 CE, al ser una medida que tiene una incidencia directa y significativa sobre la actividad económica.

Por lo que se refiere a la reclamación objeto del presente informe, según se desprende de los Resueltos Segundo y Tercero y Anexo I de la Resolución de 27 de diciembre de 2021, de la Dirección General de LABORA Servicio Valenciano de Empleo y Formación, aquélla se refiere a una presunta discriminación, injustificada y desproporcionada, contraria a los artículos 3, 5 y 18 LGUM y consistente en:

- Otorgar una reserva de fondos de ayudas y una mayor puntuación para determinadas entidades (públicas o sin ánimo de lucro) discriminatoria

- respecto del resto de entidades privadas concurrentes a la convocatoria de ayudas.
- Fijar como requisito para obtener ayudas disponer de instalaciones o establecimiento en la comunidad autónoma convocante de las subvenciones.
 - Valorar únicamente la experiencia formativa adquirida en la comunidad autónoma convocante.

IV.2.- Análisis de la posible discriminación relativa a la naturaleza de las entidades solicitantes de ayudas

Los reclamantes señalan que el hecho de reservar una parte (la mitad) de las ayudas a entidades públicas locales o a entidades sin ánimo de lucro y, además, otorgarles mayor puntuación, va en detrimento de otras entidades distintas de las anteriores que también concurren en dicha convocatoria, vulnerando el apartado i) del artículo 18.2 LGUM. En dicho precepto se considera discriminatorio:

Cualquier otro requisito que no guarde relación directa con el objeto de la actividad económica o con su ejercicio

En primer lugar, debe recordarse que el artículo 6.6 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) señala expresamente que:

Estas bases no podrán incluir, en ningún caso, criterios de concesión de las subvenciones que impliquen la reserva de actividad para determinadas entidades, así como otros criterios ajenos a aspectos de solvencia técnica y financiera.

En segundo lugar, el artículo 27 del Real Decreto 694/2017, de 3 de julio, de desarrollo de la Ley 30/2015, y con relación a programas de formación específicos como los convocados por la Resolución objeto de este informe, prevé que:

Podrán ser beneficiarios de la financiación destinada a la ejecución de estos programas específicos las entidades de formación, públicas o privadas, que cumplan los requisitos de inscripción y/o acreditación establecidos, así como, en su caso, las empresas o entidades que comprometan la realización de contratos cuando se trate de los programas formativos con compromiso de contratación.

Y en el artículo 6 de la Orden TMS/368/2019, de 28 de marzo, se prevé que:

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.

La normativa aplicable no establece ninguna reserva favorable a entidades pública o sin ánimo de lucro como beneficiarias de las subvenciones a la formación. De hecho, en distintas sentencias de Tribunales de Justicia de Comunidades Autónomas se rechaza la existencia de una preferencia o exclusividad a favor de estas entidades. Entre otras, en la reciente Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Valladolid) núm.383/2021 de 08 de abril de 2021 (recurso 1335/2019), en cuyo Fundamento Tercero apartado c) se dice que:

*Con las anteriores prevenciones, dirigidas a impedir el **lucro** y a garantizar el destino de la **subvención**, la Sala no acierta a comprender, ni la Administración explica mínimamente, por qué las personas físicas que ejerzan una actividad empresarial de formación o las entidades de formación con ánimo de lucro -por más que no lo obtengan en esta concreta actuación- no pueden por esa sola condición cumplir eficazmente las acciones subvencionables y alcanzar los objetivos perseguidos de inserción laboral de las personas desempleadas.*

En este caso concreto, además, la Administración convocante no ha justificado en razones imperiosas de interés general el porqué del trato diferenciado entre entidades ni tampoco la proporcionalidad del mismo. Debe recordarse lo dicho por la CNMC sobre las ayudas públicas en la página 22 de sus Recomendaciones a los poderes públicos para fomentar la competencia como motor de la recuperación económica de 07 de julio de 2021⁵:

*Debe establecerse un marco regulatorio que **garantice unas condiciones de competencia objetivas, transparentes y no discriminatorias** para todos los operadores económicos, **independiente de su nacionalidad, naturaleza (pública o privada) o forma jurídica**, en línea con las recomendaciones de los organismos internacionales, como las de la OCDE de 2021.*

Ello está en consonancia con los principios de concurrencia, objetividad, igualdad y no discriminación del artículo 8.3.a) de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones.

Finalmente, no se ha acreditado que el favorecimiento de determinadas entidades (públicas o sin ánimo de lucro) sobre otras (privadas y con ánimo de

⁵ <https://www.cnmc.es/guia-recomendaciones-poderes-publicos>.

lucro) pueda redundar en una mejor formación del colectivo destinatario de los cursos formativos (mujeres desempleadas de entornos rurales).

IV.3.- Análisis de la exigencia de disponer de instalaciones en la comunidad autónoma reclamante

Esta cuestión ya ha sido resuelta por la Audiencia Nacional en aplicación de los artículos 3 y 18 LGUM, que ha declarado contrario a dichos preceptos exigir a los solicitantes de ayudas que dispongan previamente de instalaciones en el territorio de la Comunidad convocante. Así lo señala en el Fundamento Sexto de su Sentencia de 02 de julio de 2021 (recurso 1/2020):

*Una cosa es imponer requisitos vinculados a la instalación o infraestructura física propiamente dicha (p.ej. para garantizar la protección del medio ambiente y el entorno urbano, la seguridad o salud públicas o bien el patrimonio histórico-artístico) que podrían tener justificación legal, y otra exigir requisitos ligados a la actividad económica desarrollada en o a través de dicha instalación física, pues discrimina a otros operadores exclusivamente por ese dato especialmente cuando dichas exigencias se han vinculado en la convocatoria como requisitos de acceso como entidad beneficiaria y no, en su caso, como requisito una vez que se ha obtenido la ayuda solicitada dada su naturaleza, así como el objeto y forma exigida para otorgar la **formación** subvencionada.*

Se impone así una discriminación indirecta, porque la norma exige la necesidad de contar con un establecimiento físico en el territorio de la administración convocante (...).

IV.4.- Análisis de la exclusiva valoración de la experiencia adquirida en la comunidad convocante

También respecto a esta materia han recaído sentencias de la Audiencia Nacional en aplicación de los artículos 3 y 18 LGUM que señalan la improcedencia de valorar únicamente la experiencia adquirida en la Comunidad Autónoma convocante. Así, en el Fundamento Séptimo de la Sentencia de 10 de mayo de 2019 (recurso 2/2017):

*Por tanto, la convocatoria objeto de reclamación únicamente está considerando la experiencia adquirida por las entidades de **formación** en territorio canario, discriminando a las entidades formativas de otras Comunidades Autónomas sin instalaciones o sin actividad previa o centros de **formación** en el archipiélago canario, puesto que únicamente las entidades inscritas o con actividad previa en dicha Comunidad podrán acreditar la experiencia requerida en la convocatoria y ofrecer los resultados que se exigen para una valoración más beneficiosa de su oferta.*

Sin embargo, lo procedente, de acuerdo con el principio de no discriminación de la LGUM, hubiera sido exigir experiencia-formativa, sin distinción del lugar (Comunidad Autónoma) en el que dicha experiencia fue adquirida por la entidad de formación solicitante de la subvención

convocada. En otras palabras, podría exigirse a los solicitantes de la **subvención** la acreditación de determinados niveles de inserción y **formación** de alumnos, pero no asociados al territorio autonómico concreto y a anteriores convocatorias de ayudas del Servicio Canario de Empleo.

Por tanto, de lo anterior **puede concluirse que la exigencia de experiencia previa en Canarias con relación a anteriores convocatorias de ayudas de dicha Comunidad (apartados 1 y 2 del artículo 14.A y apartados 7 y 8 del artículo 14.B) resulta contraria al principio de no discriminación del apartado 18 LGUM y tal cosa obliga a su anulación.**

El mismo criterio sigue la Sentencia de la Audiencia Nacional de 23 de diciembre de 2019 (recurso 8/2017):

*Es decir, que la convocatoria únicamente considera la experiencia adquirida por las entidades de **formación** en territorio cántabro, discriminando a las entidades formativas de otras Comunidades Autónomas sin instalaciones, actividad previa o centros de **formación** en Cantabria y **solo las entidades inscritas o con actividad previa en dicha Comunidad podrán acreditar la experiencia requerida en la convocatoria.***

V. CONCLUSIONES

- 1) La fijación de criterios de puntuación favorables a determinadas entidades (públicas o sin ánimo de lucro) en detrimento de otras (privadas o con ánimo de lucro) no está basada en ninguna razón imperiosa de interés general, ni se ha acreditado que pueda redundar en una mejor formación del colectivo destinatario de los cursos formativos (mujeres desempleadas de entornos rurales). Por ello, es contrario al principio de no discriminación de los artículos 3 y 18 LGUM.
- 2) La exigencia de disponer previamente de instalaciones en la Comunidad convocante de las ayudas y la exclusiva valoración de la experiencia formativa en dicha comunidad resultan contrarias al principio de no discriminación de los artículos 2, 3 y 18 LGUM, tal y como ha indicado la Audiencia Nacional en sus Sentencias de 10 de mayo de 2019 (recurso 2/2017), 23 de diciembre de 2019 (recurso 8/2017) y 02 de julio de 2021 (recurso 1/2020).