

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 REALIZACIÓN DE ACCIONES FORMATIVAS DIRIGIDAS PRIORITARIAMENTE A PERSONAS DESEMPLEADAS Y A LA FORMACIÓN CON COMPROMISO DE CONTRATACIÓN

Expediente: UM/022/22

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^a Pilar Sánchez Núñez

D. Carlos Aguilar Paredes

D. Josep Maria Salas Prat

Secretario del Consejo

D. Miguel Bordiu García-Ovies

En Madrid, a 15 de marzo de 2022

I. ANTECEDENTES Y OBJETO DEL INFORME

Mediante tres escritos presentados los días 25 de febrero, 28 de febrero y 01 de marzo 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 los criterios de valoración de las solicitudes de subvención contenidos en el Anexo I de la Resolución de 30 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 para la realización de acciones formativas dirigidas prioritariamente a personas desempleadas y la formación con compromiso de contratación con cargo al ejercicio presupuestario 2022, en aplicación de la Orden TMS/368/2019, de 28 de marzo, por la que se desarrolla el Real Decreto 694/2017, de 3 de julio, por el que se desarrolla 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, 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, publicada en el Diario Oficial de la Generalitat Valenciana, núm. 9265, de 27 de enero de 2022¹.

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 Anexo I de la Resolución de 30 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 para la realización de acciones formativas dirigidas prioritariamente a personas desempleadas y la formación con compromiso de contratación con cargo al ejercicio presupuestario 2022, en aplicación de la Orden TMS/368/2019, de 28 de marzo, por la que se desarrolla el Real decreto 694/2017, de 3 de julio, por el que se desarrolla el Real decreto 694/2017, de 3 de julio, por el que se desarrolla 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, 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 (expediente 2022/575)².

En el apartado AO) del Anexo I, relativo a la adecuación de la oferta formativa se establece el siguiente sistema de valoración, diferenciando y otorgando mayor puntuación (5 puntos más) a las entidades locales y a las entidades sin ánimo de lucro frente al resto de solicitantes de ayudas:

- *Si la especialidad solicitada es un certificado de profesionalidad y la entidad solicitante es una entidad local o una entidad sin ánimo de lucro que cuenta explícitamente entre sus principales fines estatutarios el apoyo a personas en situación o riesgo de exclusión social: 25 puntos.*
- *Si la especialidad solicitada es un certificado de profesionalidad y la entidad solicitante no es una entidad local o una entidad sin ánimo de lucro que cuenta*

¹ <https://dogv.gva.es/es/resultat-dogv?signatura=2022/575&L=0>.

² <https://dogv.gva.es/es/resultat-dogv?signatura=2022/575&L=0>.

explícitamente entre sus principales fines estatutarios el apoyo a personas en situación o riesgo de exclusión social : 20 puntos.

- Si la especialidad solicitada no es un certificado de profesionalidad y la entidad solicitante es una entidad local o es una entidad sin ánimo de lucro que cuenta explícitamente entre sus principales fines estatutarios el apoyo a personas en situación o riesgo de exclusión social: 15 puntos.

*- Si la especialidad solicitada no es un certificado de profesionalidad, y la entidad solicitante **no** es una entidad local o no es una entidad sin ánimo de lucro que cuenten explícitamente entre sus principales fines estatutarios el apoyo a personas en situación o riesgo de exclusión social: 10 puntos.*

En el apartado BE se valora la capacidad formativa de acuerdo con los siguientes criterios:

Se otorgará un máximo de 15 puntos por el resultado de las encuestas EFO, teniendo en cuenta los datos de acciones formativas subvencionadas a la entidad en convocatorias dirigidas prioritariamente a personas desempleadas del Programa de Formación Profesional para el Empleo de los ejercicios de 2019 y 2020 de LABORA– Servicio Valenciano de Empleo y Formación. Se puntuará a las entidades en función de la media aritmética resultante de los valores obtenidos en las encuestas EFO, correspondientes a los datos disponibles de las acciones formativas desarrolladas por la entidad, según la siguiente fórmula: Puntuación EFO x 3,75, En el supuesto de que la entidad no haya realizado durante los mencionados ejercicios ninguna acción formativa o no se disponga de los datos se le otorgará una puntuación absoluta de de 13,73 puntos, correspondiente a la media aritmética obtenida por las entidades en las encuestas EFO multiplicada por 3,75 puntos, teniendo en cuenta los resultados de la convocatoria de 2019. La obtención de una puntuación absoluta inferior a 7,5 puntos en este apartado determinará la denegación de la acción formativa solicitada.

Y en el apartado EC se valora la experiencia formativa según los siguientes criterios:

EC 1. Acredita experiencia en la impartición de formación de oferta en cualquiera de las dos últimas convocatorias publicadas por el SEPE, aportando las correspondientes resoluciones de concesión: 1 punto.

EC 2. Acredita, mediante declaración responsable, experiencia en la impartición de acciones formativas no financiada con fondos públicos, autorizada por la Dirección General competente en materia de formación profesional para el empleo, en los ejercicios 2019 y 2020 en la provincia de solicitud: 1 punto por experiencia en cada uno de los ejercicios, máximo 2 puntos.

EC 3. Acredita experiencia en la impartición de acciones de formación correspondiente a la oferta formativa dirigida prioritariamente a personas desempleadas y la formación con compromiso de contratación, en cualquiera de las convocatorias de los ejercicios 2018, 2019 y 2020 de LABORA- Servicio Valenciano de Empleo y Formación: 4 puntos.

Para la valoración de esta experiencia (EC 2 y EC 3) no será necesario que las entidades aporten documentación acreditativa, la comprobación se realizará para todas las entidades por LABORA mediante consulta en su base de datos.

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.

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

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.

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 del Anexo I de la Resolución de 30 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 mayor puntuación para determinadas entidades (públicas o sin ánimo de lucro) discriminatoria respecto del resto de entidades privadas concurrentes a la convocatoria de ayudas.
- Valorar únicamente la capacidad formativa acreditada frente a la comunidad autónoma convocante, así como otorgar una mayor puntuación a la experiencia formativa acumulada en dicha comunidad.

A continuación se analizarán las anteriores cuestiones, en el sentido de lo ya señalado en nuestro anterior Informe UM/011/22 de 22 de febrero de 2022.

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

Los reclamantes señalan que el hecho de otorgar mayor puntuación (cinco puntos más) a las entidades públicas locales o a las entidades sin ánimo de lucro, 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 o trato favorable a entidades públicas 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 (mayor

puntuación) 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 pueda redundar en una mejor formación del colectivo destinatario de los cursos formativos (trabajadores desempleados con necesidad de inserción laboral, según el apartado Cuarto de la convocatoria).

IV.3.- Análisis de la exclusiva valoración de la capacidad formativa acreditada en la comunidad convocante

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 formativa 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***

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

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.***

IV.4.- Análisis de la menor puntuación otorgada a la experiencia formativa acreditada en otras comunidades autónomas distintas de la comunidad convocante de las ayudas.

En el anterior informe UM/011/22 de 22 de febrero de 2022, citado en el apartado anterior, ya se indicó que no puede valorarse únicamente la experiencia adquirida en la Comunidad autónoma convocante, como ha señalado la Audiencia Nacional en sendas Sentencias de 10 de mayo (recurso 2/2017) y 23 de diciembre de 2019 (recurso 8/2017).

En este caso, se otorga una puntuación sensiblemente superior a la experiencia acumulada en la comunidad convocante (4 puntos por anteriores convocatorias de LABORA y 2 puntos por experiencia provincial) respecto a la experiencia adquirida fuera de la Comunidad (solo 1 punto por convocatorias del SEPE).

Un supuesto similar sucedió en la puntuación otorgada en una convocatoria de ayudas públicas con relación a los certificados expedidos dentro o fuera de la comunidad autónoma convocante, llegando la Audiencia Nacional, en Sentencia de 22 de diciembre de 2017 (recurso 163/2016) a la siguiente conclusión:

Pues bien, la conclusión que cabe extraer de la asignación de puntuación en el anexo II, bloque II, de la Orden recurrida, en particular en lo relativo al "Sistema de calidad" - apartado 3-, es que, en efecto, existe una clara discriminación que perjudica a las entidades que poseen un sistema de calidad diferente al de Castilla La Mancha, pues solo pueden obtener 1 punto -al margen de los 4 puntos relativos las "conformidades de acción formativa" -, mientras que las que tienen el sistema de calidad de esa Comunidad pueden alcanzar un total de 14 puntos (6+5+3), diferencia sustancial que puede llegar a alterar de manera notable el resultado de la valoración y, con ello, la adjudicación de las subvenciones convocadas.

V. CONCLUSIONES

- 1) La fijación de criterios de puntuación favorables a determinadas entidades (públicas o sin ánimo de lucro) en detrimento de otras constituye una restricción contraria al artículo 5 de la LGUM que en este caso no cuenta con la necesaria justificación en alguna razón imperiosa de interés general, ni se ha acreditado que puede redundar en una mejor formación del colectivo destinatario de los cursos formativos.

- 2) La exclusiva valoración de la capacidad formativa acreditada en la comunidad convocante así como la mayor valoración de la experiencia formativa adquirida en dicho territorio sería contraria 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) y 22 de diciembre de 2017 (recurso 163/2016). Así se ha señalado también en el anterior Informe UM/011/22 de 22 de febrero de 2022.