

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, CONTRA LA ORDEN, DE 21 DE ABRIL DE 2023, DE LA CONSEJERÍA DE ECONOMÍA, HACIENDA Y EMPLEO DE LA COMUNIDAD DE MADRID, POR LA QUE SE CONVOCAN SUBVENCIONES PARA LA FINANCIACIÓN DE ACCIONES DE FORMACIÓN DIRIGIDAS PRIORITARIAMENTE A TRABAJADORES DESEMPLEADOS DENTRO DEL SISTEMA DE FORMACIÓN PROFESIONAL PARA EL EMPLEO EN EL ÁMBITO LABORAL PARA EL AÑO 2023

(UM/027/23)

CONSEJO.PLENO

Presidenta

D^a. Cani Fernández Vicién

Vicepresidente

D. Ángel Torres Torres

Consejeros

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
D^a. María Jesús Martín Martínez

Secretario del Consejo

D. Miguel Bordiu García-Ovies

En Madrid, a 23 de mayo de 2023

I. ANTECEDENTES Y OBJETO DEL INFORME

El 4 de mayo de 2023 tuvo entrada en el Registro General de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia la reclamación presentada por la entidad AFA FORMACIÓN CONTINUA, SL. al amparo de lo dispuesto en el art. 26 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de

Mercado (LGUM, en adelante), contra la Orden, de 21 de abril de 2023, de la Consejería de Economía, Hacienda y Empleo de la Comunidad de Madrid, por la que se convocan subvenciones para la financiación de acciones de formación dirigidas prioritariamente a trabajadores desempleados, dentro del Sistema de Formación Profesional para el Empleo en el ámbito laboral, para el año 2023 (Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid núm. 105, de 4 de mayo de 2023).

Dado que la tramitación del procedimiento regulado en el citado art. 26 LGUM compete a la Secretaría para la Unidad de Mercado (SUM, en lo sucesivo), la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia remitió la reclamación presentada a aquélla, de conformidad con lo previsto en el art. 14.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público.

La reclamante sostiene que los criterios 3, 4 y 5 fijados en el resuelve decimocuarto de la Orden de 21 de abril de 2023 dispensan un tratamiento desigual injustificado a las entidades potencialmente beneficiarias de la subvención, conculcando lo dispuesto en los arts. 3 y 18.2 LGUM.

Bajo la rúbrica "*Criterios objetivos para el otorgamiento de la subvención*", dispone el resuelve decimocuarto de la Orden de 21 de abril de 2023:

"Conforme al artículo 11.1.b) de la Orden EFP/942/2022, de 23 de septiembre, cada entidad de formación será valorada de forma independiente con arreglo a los siguientes criterios:

(...)

- Criterio 3.- Porcentaje de ejecución de la subvención concedida en el marco de la formación profesional para el empleo en el ámbito laboral en la Comunidad de Madrid. Se puntuará hasta un máximo de 20 puntos.

Para esta valoración se tendrá en cuenta el número de acciones formativas ejecutadas frente a número de acciones formativas concedidas, en las convocatorias de los años 2017 y 2018 de formación profesional para el empleo en el ámbito laboral definidas en el capítulo IV del Real Decreto 694/2017, de 3 de julio.

Será de aplicación la siguiente escala de puntuación:

- Mayor o igual al 90% y hasta el 100% de ejecución: 20 puntos*
- Mayor o igual al 80% y menor al 90% de ejecución: 15 puntos*
- Mayor o igual al 70% y menor al 80% de ejecución: 10 puntos*
- Menos del 70% de ejecución: 5 puntos*

Para acreditar este punto se tendrán en cuenta los datos que, mediante consulta de los datos existentes en la Dirección General competente en materia de formación para el empleo de la Comunidad de Madrid, se obtengan de oficio.

A las entidades de formación que no tuvieran subvenciones concedidas en las convocatorias para la financiación de programas de formación dirigidos prioritariamente a trabajadores desempleados de la Comunidad de Madrid, en el periodo establecido, se les asignará como puntuación para este criterio la puntuación más baja obtenida por las entidades valoradas en este apartado.

- Criterio 4.- Evaluación de la entidad de formación obtenida por la impartición de acciones de formación profesional para el empleo en el ámbito laboral en convocatorias públicas de la Comunidad de Madrid de los años 2017 y 2018. Hasta un máximo de 20 puntos.

Se calculará la media de las evaluaciones obtenidas por la impartición de las acciones formativas de la entidad valoradas por la Comunidad de Madrid, asignándose a cada entidad el valor equivalente en una escala de 0 a 20 redondeado a cuatro decimales.

Para la valoración de este criterio se tendrá en cuenta la información obtenida de oficio por la Dirección General competente en materia de formación para el empleo de la Comunidad de Madrid, procedente de las bases de datos de gestión de formación profesional para el empleo en el ámbito laboral.

Las entidades de formación que, habiendo impartido formación valorable, no tengan puntuación en este criterio, se les asignará la menor obtenida por las entidades de formación evaluadas por la Comunidad de Madrid en las mencionadas convocatorias.

- Criterio 5.- Porcentaje de los alumnos que han abandonado la acción formativa respecto del total de alumnos iniciados, sin tener en cuenta los abandonos por colocación. Hasta un máximo de 5 puntos.

- Menor o igual al 50%: 5 puntos

- Mayor del 50%: 0 puntos

Para puntuar este criterio se obtendrán de oficio los datos existentes en del Sistema de Información de los Servicios Públicos de Empleo (SISPE), teniendo en cuenta las acciones formativas, ejecutadas y finalizadas en los años 2017 y 2018 de formación profesional para el empleo en el ámbito laboral dirigidas prioritariamente a trabajadores desempleados de la Comunidad de Madrid.

Para las entidades que no hubieran desarrollado acciones formativas de las definidas en el párrafo anterior, se les asignará como puntuación en este apartado la menor puntuación obtenida por las entidades valoradas.”

La SUM ha dado traslado a la CNMC de la reclamación presentada para que por este organismo se formulen las aportaciones que se estimen oportunas, con arreglo a lo dispuesto en el apartado 4 del art. 26 LGUM.

II. INCLUSIÓN DE LA ACTIVIDAD EN EL ÁMBITO DE LA LGUM

Tras la reforma operada por la Ley 18/2022, de 28 de septiembre, de creación y crecimiento de empresas (en vigor desde el 19 de octubre de 2022), el art. 2 LGUM delimita su ámbito de aplicación en los términos que siguen:

“1. Esta ley será de aplicación al acceso a actividades económicas que se prestan en condiciones de mercado y su ejercicio por parte de operadores legalmente establecidos en cualquier lugar del territorio nacional.

2. Quedan excluidas del ámbito de aplicación de esta ley las materias del ámbito tributario.”

El concepto de “actividad económica” es definido en el apartado b) del anexo de la LGUM como “*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*”. Se añade a continuación, fruto de la modificación efectuada por la Ley 18/2022, de 28 de septiembre, que “*no se incluyen dentro de este concepto las actividades relativas a la reserva o al ejercicio de potestades públicas, jurisdiccionales o administrativas ni la regulación de las relaciones laborales por cuenta ajena o asalariadas.*”

De acuerdo con lo dispuesto en el apartado 1 del resuelve primero de la Orden de 21 de abril de 2023, la actividad que se pretende fomentar mediante el ejercicio por la Comunidad de Madrid de su potestad subvencional es la realización por entidades de formación de acciones formativas en el ámbito laboral, en las modalidades presencial y teleformación, dirigidas prioritariamente a trabajadores desempleados.

Se trata, por tanto, de una actividad de carácter empresarial o profesional que supone la ordenación por cuenta propia de distintos medios y recursos con la finalidad de intervenir en la prestación de un servicio (el formativo), de donde se infiere sin dificultad la aplicación de la LGUM.

Además, en virtud del art. 9.1 LGUM, todas las autoridades competentes deben velar “*en las actuaciones administrativas, disposiciones y medios de intervención adoptados en su ámbito de actuación, por la observancia de los principios de no discriminación, cooperación y confianza mutua, necesidad y proporcionalidad de sus actuaciones, simplificación de cargas y transparencia.*”

III. ANÁLISIS DEL CASO OBJETO DE INFORME

A juicio de AFA FORMACIÓN CONTINUA, SL, los criterios 3, 4 y 5 fijados en el resuelve decimocuarto de la Orden de 21 de abril de 2023, previamente reproducidos, “*generan un tratamiento discriminatorio injustificado, habida cuenta que*

i) se hace de peor condición a aquellas entidades que han desarrollado actividades de formación subvencionada de similares y/o idénticas características en procedimientos convocados por otras Comunidades Autónomas y/o Administraciones públicas, y

ii) se hace de peor condición a los nuevos operadores respecto de los preexistentes,

sin que para el establecimiento de aquel tratamiento diferenciado se aduzca causa de interés general y/o motivo de carácter objetivo que permita o ampare tal trato diferenciado.

(...)

Por ello, a la vista del trato manifiestamente discriminatorio que las bases dispensan a aquellas entidades que nunca han obtenido, con carácter previo, subvención alguna de la Comunidad de Madrid, dichas previsiones de la convocatoria han de reputarse nulas por directa contravención de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado (artículos 18.2.a y 18.2.f, sin perjuicio de criterio mejor fundado en Derecho).

(...)

A la vista de lo anterior, y siendo notoria la desigualdad de trato que se dispensa a los nuevos operadores respecto de los preexistentes, se entiende conculcado (siempre a salvo de mejor criterio) el artículo 3 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado en relación con la prohibición de discriminación entre empresas, cuestión que en el presente caso se da al verse abocados a obtener una peor puntuación por el simple hecho de no haber podido, en su caso, concurrir a las convocatorias de los años 2017/2018 promovidas por la Comunidad de Madrid –vid supra-.”

El art. 3 LGUM consagra el principio de no discriminación en los términos que siguen:

“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.”

Por su parte, dispone en la actualidad el art. 18 LGUM:

“1. Cada autoridad competente se asegurará de que cualquier medida, límite o requisito que adopte o mantenga en vigor no tenga como efecto la creación o el mantenimiento de un obstáculo o barrera a la unidad de mercado.

2. Las autoridades competentes no podrán realizar actuaciones que limiten el libre establecimiento y la libre circulación por no cumplir los principios recogidos en el Capítulo II. No cumplen los principios recogidos en el capítulo II los actos, disposiciones y medios de intervención de las autoridades competentes que contengan o apliquen:

a) Requisitos discriminatorios para el acceso a una actividad económica o su ejercicio 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.

3.º Que el operador haya tenido que estar inscrito en un registro de dicho territorio durante un determinado periodo de tiempo.

4.º Que su personal, los que ostenten la propiedad o los miembros de los órganos de administración, control o gobierno residan en dicho territorio o reúnan condiciones que directa o indirectamente discriminen a las personas procedentes de otros lugares del territorio.

5.º Que el operador deba realizar un curso de formación dentro del territorio de la autoridad competente.

b) Requisitos para la obtención de ventajas económicas que sean discriminatorios excepto que exista una razón imperiosa de interés general que lo justifique y sea proporcionado. La obligación de operar en el territorio de la autoridad competente o de generar actividad económica en el mismo para la obtención de ventajas económicas vinculadas a las políticas de fomento desarrolladas por dicha autoridad no se considerará un requisito discriminatorio, sin perjuicio del cumplimiento del principio de no discriminación e igualdad de trato establecido en el derecho de la Unión Europea.

c) Requisitos de seguros de responsabilidad civil o garantías equivalentes o comparables en lo esencial en cuanto a su finalidad y a la cobertura que ofrezca en términos de riesgo asegurado, suma asegurada o límite de la garantía, adicionales a los establecidos en la normativa del lugar de origen, o que la obligación de que la constitución o el depósito de garantías financieras o la suscripción de un seguro deban realizarse con un prestador u organismo del territorio de la autoridad competente.

d) Requisitos de naturaleza económica o intervención directa o indirecta de competidores en la concesión de autorizaciones, en los términos establecidos en las letras e) y f) del artículo 10 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.

e) Requisitos que contengan la obligación de haber realizado inversiones en el territorio de la autoridad competente.”

Como se observa, tras la modificación introducida por la Ley 18/2022, de 28 de septiembre, el apartado 2 del precepto citado pasa a dedicar un subapartado independiente (y solo ese subapartado) a los requisitos vinculados a la obtención de ventajas económicas (letra b)), por lo que es a lo en él dispuesto a lo que hemos de estar en el caso que nos ocupa, ya que el otorgamiento de una subvención supone la obtención de una ventaja económica.

Así pues, de acuerdo con lo establecido hoy en el art. 18.2 b) LGUM, asiste la razón a la entidad reclamante cuando sostiene que los criterios 3, 4 y 5 previstos en el resuelve decimocuarto de la Orden de 21 de abril de 2023 son discriminatorios, ya que sitúan en mejor posición de cara a la concesión de las subvenciones, mediante el reconocimiento de una mayor puntuación, a aquellas entidades que hubieran resultado beneficiarias en el pasado de subvenciones concedidas por la misma Administración, sin que se invoque ni exista, a priori, una razón imperiosa de interés general que justifique la necesidad y proporcionalidad de esta exigencia.

Y es que, el art. 11.1 de la Orden EFP/942/2022, de 23 de septiembre, citado en el resuelve decimocuarto de la Orden de 21 de abril de 2023 aquí examinada, se limita a disponer lo siguiente:

“Serán objeto de financiación las solicitudes que obtengan la valoración técnica que se establezca en la metodología aprobada por la Administración Pública competente.

Para dicha valoración técnica se considerarán los criterios que se determinen por la Administración Pública competente, que incluirán al menos los siguientes:

a) Adecuación de la oferta formativa a los sectores y acciones formativas que, en su caso se especifiquen como prioritarios en la respectiva convocatoria, según lo establecido en los apartados 3.a) y 3.b) del artículo 1.

b) Capacidad acreditada de la entidad solicitante para desarrollar la formación.

c) Valoración positiva de las acciones formativas ejecutadas en los dos años anteriores, atendiendo al porcentaje de abandono no superior al 50 por ciento.”

Por tanto, el precepto citado no ampara la exigencia de que las entidades de formación hubieran ostentado la condición de beneficiarias en convocatorias pasadas de la Comunidad de Madrid.

Interesa, además, poner de manifiesto que la suma de puntuación de los tres criterios controvertidos (20+20+5) alcanza los 45 puntos, esto es, casi la mitad de la puntuación total de la convocatoria (100 puntos), por lo que tiene un impacto sustancial en el resultado final de la adjudicación de las ayudas.

Por otro lado, es evidente, en nuestra opinión, que el requisito analizado no es análogo a la obligación de operar en el territorio de la autoridad competente o de generar actividad económica en el mismo, prevista en el segundo inciso del art. 18.2 b) LGUM y que, fruto de la reforma, es considerada como un requisito no discriminatorio, por lo que siguen siendo plenamente aplicables los razonamientos jurídicos contenidos en la Sentencia, de 2 de julio de 2021, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional (rec. 1/2020), citada en la reclamación, según la cual:

“Igualmente, esta Sala acepta la pretensión de nulidad solicitada por el Abogado del Estado por cuanto es discriminatorio, en el sentido regulado por la Ley 20/2013, fijar como criterios de valoración la experiencia formativa de entidades beneficiarias de convocatorias anteriores de la propia Comunidad Autónoma ahora convocante. Desde luego, la potestad reglamentaria reconocida a las Comunidades Autónomas y que invoca la demandada no da cobertura a la regulación de los criterios de valoración que se recogen en el citado apartado decimocuarto impugnado por cuando resulta abiertamente contraria a una norma con rango de Ley, como es la Ley 20/2013.

Por otra parte, la convocatoria objeto de reclamación únicamente está considerando la experiencia adquirida por las entidades de formación en territorio canario, discriminando así a las entidades formativas de otras Comunidades Autónomas sin instalaciones o sin actividad previa o centros de formación en el territorio de Canarias. 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. Podrá 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 lo tanto, debemos concluir que los apartados séptimo y decimocuarto de la Resolución impugnada vulneran el art. 18.2.a) de la Ley 20/2013, de Garantía de la Unidad de Mercado.

Y, procede, en consecuencia, la estimación del recurso y la anulación de los apartados impugnados de la Resolución de 4 de julio de 2019 aquí recurrida por ser en este concreto extremo contrarios a derecho por

cuanto su regulación es discriminatoria para el acceso a la actividad económica o su ejercicio.”

En idéntico sentido se pronuncia la Sentencia, de 10 de mayo de 2019, del mismo órgano jurisdiccional (rec. 2/2017).

También esta Comisión ha tenido la oportunidad de analizar una cuestión análoga a la presente en el Informe de fecha 15 de marzo de 2022 (UM/019/22), que concluye así:

“El otorgamiento de una mayor puntuación a la experiencia formativa en la Comunidad autónoma convocante frente a la adquirida en otras Comunidades constituye una restricción contraria al principio de no discriminación de operadores de los artículos 3 y 18 LGUM, según se desprende de la Sentencia de la Audiencia Nacional de 22 de diciembre de 2017 (recurso 163/2016).”

En definitiva, los criterios 3, 4 y 5 establecidos en el resuelve decimocuarto de la Orden de 21 de abril de 2023 para otorgar las subvenciones objeto de la convocatoria, son discriminatorios, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 18.2 b) LGUM, y, por ende, suponen un límite a la libertad de establecimiento garantizada por esta norma.

IV. CONCLUSIONES

En virtud de todo lo hasta ahora expuesto, se formulan las siguientes conclusiones:

- 1) Los criterios 3, 4 y 5 previstos en el resuelve decimocuarto de la Orden de 21 de abril de 2023 son discriminatorios, ya que sitúan en mejor posición de cara a la concesión de las subvenciones, mediante el reconocimiento de una mayor puntuación, a aquellas entidades que hubieran resultado beneficiarias en el pasado de subvenciones concedidas por la misma Administración.
- 2) Dado que no se invoca ni existe, a priori, una razón imperiosa de interés general que justifique la necesidad y proporcionalidad de esta exigencia, hemos de concluir que aquellos criterios son discriminatorios, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 18.2 b) LGUM, y, por ende, que suponen un límite a la libertad de establecimiento garantizada por esta norma.