

# **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 15 DE SEPTIEMBRE DE 2023, DE LA CONSEJERÍA DE ECONOMÍA, HACIENDA Y EMPLEO DE LA COMUNIDAD DE MADRID, POR LA QUE SE CONVOCAN SUBVENCIONES PARA FINANCIAR, PARA LOS AÑOS 2024 A 2027, LAS ACCIONES FORMATIVAS CONDUCENTES A CERTIFICADOS DE PROFESIONALIDAD CON PRÁCTICAS PROFESIONALES NO LABORALES ASOCIADAS, DIRIGIDAS A PERSONAS DESEMPLEADAS, COFINANCIADAS POR EL PROGRAMA FSE+2021-2027 DE LA COMUNIDAD DE MADRID**

(UM/076/23)

## **CONSEJO. PLENO**

### **Presidenta**

D<sup>a</sup>. Cani Fernández Vicién

### **Consejeros**

D. Bernardo Lorenzo Almendros

D<sup>a</sup> Pilar Sánchez Núñez

D. Carlos Aguilar Paredes

D. Josep Maria Salas Prat

D<sup>a</sup>. María Jesús Martín Martínez

### **Secretario del Consejo**

D. Miguel Bordiu García-Ovies

En Madrid, a 14 de noviembre de 2023

## **I. ANTECEDENTES Y OBJETO DEL INFORME**

El 20 de octubre de 2023, tuvo entrada en el Registro electrónico del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital la reclamación presentada, 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), por un operador económico contra los criterios de valoración 2, 3, 4 y 5 del Resuelve 15 de la Orden de 15 de septiembre de 2023, de la Consejería de Economía, Hacienda y Empleo de la Comunidad de Madrid, por la que se convocan subvenciones para

financiar, para los años 2024 a 2027, las acciones formativas conducentes a certificados de profesionalidad con prácticas profesionales no laborales asociadas, dirigidas a personas desempleadas, cofinanciadas por el programa FSE+ 2021-2027 de la Comunidad de Madrid.

El texto completo de la citada Orden fue publicado el 24 de octubre de 2023 en la web oficial del Sistema Nacional de Publicidad de Subvenciones y Ayudas Públicas<sup>1</sup> si bien anteriormente se publicó un extracto de la misma en el BOCAM número 236 del día 04 de octubre de 2023<sup>2</sup>.

Dentro del criterio 2 de valoración del Resuelve 15 de la Orden de 15 de septiembre de 2023 se señala lo siguiente:

*- Criterio 2.- Capacidad acreditada para impartir la formación: experiencia de la entidad en la impartición de formación profesional, hasta un máximo de 35 puntos.*

*Se valorará el número de horas efectivamente impartidas en formación profesional en el ámbito laboral por la entidad de formación en convocatorias públicas de los años 2017 y 2018 y en formación profesional básica, de grado medio y de grado superior, en el ámbito educativo, en la misma familia profesional que las acciones formativas para las que se formula solicitud de subvención en el curso académico 2020-2021.*

(...)

*Las entidades de formación que no hubieran impartido acciones formativas en el periodo valorado tendrán en este criterio la puntuación más baja obtenida por las entidades solicitantes que sí tuvieran experiencia.*

Respecto al criterio 3 de valoración, el texto de la convocatoria de ayudas prevé lo siguiente:

*- Criterio 3.- Porcentaje de ejecución de la subvención concedida en el marco de la formación profesional en el trabajo. 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 en el trabajo definidas en el capítulo IV del Real Decreto 694/2017, de 3 de julio.*

(...)

---

<sup>1</sup> <https://www.pap.hacienda.gob.es/bdnstrans/GE/es/convocatoria/718550>.

<sup>2</sup> <https://www.bocm.es/bocm-20231004-15>.

*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.*

Con relación al criterio 4 de valoración, las Bases de las subvenciones señalan que:

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

(...)

*A 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 que se determinen.*

Y, finalmente, en el criterio 5 de valoración del Resuelve 15 se indica que:

*- 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.*

(...)

*Para puntuar este criterio se obtendrán de oficio los datos existentes en el 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 en el trabajo 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.*

A juicio del reclamante, los criterios 2, 3, 4 y 5 del Resuelve 15 de la Orden de 15 de septiembre de 2023 contravienen el principio de no discriminación del artículo 18 LGUM. Y, concretamente, el operador económico señala en su escrito de reclamación<sup>3</sup> que:

*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*

---

<sup>3</sup> Véase la página 14 de la reclamación.

*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).*

## 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 15 de septiembre de 2023, la actividad que se pretende fomentar mediante el ejercicio por la Comunidad de Madrid de su potestad de concesión de ayudas públicas es “*la impartición de acciones formativas en modalidad presencial y la realización de prácticas profesionales no laborales asociadas, integradas en un itinerario específico de formación*”.

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.*”

Finalmente, la actividad de formación profesional o laboral ha sido expresamente incluida en el ámbito de la LGUM por distintas sentencias dictadas por los tribunales desde la entrada en vigor de dicha Ley<sup>4</sup>.

### III. ANÁLISIS DEL CASO OBJETO DE INFORME

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.*

---

<sup>4</sup> Entre otras, pueden mencionarse las Sentencias de la Audiencia Nacional de 10 de mayo de 2019 (recurso número 2/2017) y de 2 de julio de 2021 (recurso número 1/2020).

*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 15 de la Orden de 15 de septiembre 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, disposición citada en el resuelve sexto (régimen jurídico) de la Orden de 15 de septiembre 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 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 15 de la Orden de 15 de septiembre 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.



En los mismos términos del presente informe también se pronunció esta Comisión en el anterior Informe UM/027/23 de 23 de mayo de 2023<sup>5</sup>.

## IV. CONCLUSIÓN

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

- 1) Los criterios 3, 4 y 5 previstos en el resuelve 15 de la Orden de 15 de septiembre 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.

---

<sup>5</sup> <https://www.cnmc.es/expedientes/um02723>.