

## **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 NATURALEZA JURÍDICA DE LAS EMPRESAS SOLICITANTES PARA OBTENER SUBVENCIONES PARA LA FORMACIÓN**

**Expediente: UM/039/22**

### **PLENO**

#### **Presidenta**

D<sup>a</sup>. Cani Fernández Vicién

#### **Vicepresidente**

D. Ángel Torres Torres

#### **Consejeros**

D<sup>a</sup> María Ortiz Aguilar

D. Mariano Bacigalupo Saggese

D<sup>a</sup> María Pilar Canedo Arrillaga

D. Bernardo Lorenzo Almendros

D. Xabier Ormaetxea Garai

D. Carlos Aguilar Paredes

D. Josep Maria Salas Prat

#### **Secretario del Consejo**

D. Miguel Bordiu García-Ovies

En Madrid, a 10 de mayo de 2022

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

Mediante cuatro escritos presentados el día 22 de abril de en el Registro General del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital, se reclama 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 y perjudicial para las entidades de formación, de la Orden EFP/217/2022, de 17 de marzo, por la que se establecen las bases reguladoras de la línea de ayudas para la formación de cualificación y recualificación de la población activa, vinculada prioritariamente a cualificaciones profesionales en sectores estratégicos y mejora de las capacidades para la transición ecológica, destinada a empresas, asociaciones empresariales y entidades sin ánimo de lucro, y se procede a su convocatoria en el año 2022, en el marco del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia. Dicha Orden EFP/217/2022, dictada por el

Ministerio de Educación y Formación Profesional, fue publicada en el BOE núm. 69, de 22 de marzo de 2022<sup>1</sup>.

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

Las entidades reclamantes consideran que el contenido de la Orden EFP/217/2022 resulta contrario a los principios de necesidad, proporcionalidad y no discriminación de los artículos 3 y 5 LGUM en relación con el artículo 9 LGUM.

## II. OBJETO DE LA RECLAMACIÓN

Es objeto de reclamación el artículo 3 de la Orden EFP/217/2022, al no figurar en ella las empresas de formación laboral como entidades directamente beneficiarias de las ayudas y únicamente de modo indirecto, como entidades subcontratadas por beneficiarios.

El contenido del citado artículo 3 es el siguiente:

*Podrán acogerse a las ayudas establecidas en esta orden los siguientes beneficiarios:*

1. **Empresas, a título individual** y que presenten proyectos de formación y, en su caso, de acompañamiento para la acreditación de las competencias profesionales adquiridas por la experiencia laboral. Las empresas podrán ser de titularidad de personas físicas, sociedades anónimas, sociedades de responsabilidad limitada y otras formas jurídicas admitidas en derecho.

2. **Agrupaciones de empresas, consorcios, organismos y entidades sectoriales**, de cualquier dimensión, que presenten proyectos de formación, y en su caso de acompañamiento para la acreditación de las competencias profesionales adquiridas por la experiencia laboral, para un número conjunto no inferior a 20 trabajadores de las distintas empresas. Las agrupaciones de empresas estarán a lo previsto en el artículo 11 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre.

3. **Entidades sin ánimo de lucro** que presenten proyectos de formación, y en su caso de acompañamiento para la acreditación de las competencias profesionales adquiridas por la experiencia laboral, para población activa en búsqueda de empleo, así como para colectivos de especial vulnerabilidad. No podrán participar en estos proyectos personas ocupadas que no pertenezcan a colectivos de especial vulnerabilidad.

4. **Los beneficiarios podrán canalizar sus proyectos a través de empresas especializadas en formación, en los términos previstos para la subcontratación en el artículo 6.** Asimismo, los proyectos de formación podrán

---

<sup>1</sup> [https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2022-4559](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2022-4559).

*canalizarse mediante figuras contractuales admitidas en derecho, con centros educativos o centros autorizados para impartir formación profesional para el empleo y sin perjuicio de las responsabilidades para el beneficiario recogidas en el artículo 4.*

Del contenido del precepto se desprende que las empresas de formación no podrían ser beneficiarias directas de las ayudas, sino que únicamente actúan como entidades subcontratadas de los beneficiarios. En este sentido, uno de los criterios de adjudicación (criterio 3) del Anexo IV de la Orden EFP/217/2022 puntúa la experiencia de la entidad formativa subcontratada por los beneficiarios de las ayudas (entidad que no podría ser beneficiaria de las subvenciones):

***Criterio 3: Para todos los beneficiarios. Experiencia en formación del proponente del proyecto o empresa subcontratada al efecto. Total 20 puntos.***

*Baremo:*

*Por cada año, o fracción de año, de experiencia como entidad formadora en el ámbito de la Formación Profesional del Sistema Educativo o de la Formación Profesional para el empleo, se asignará un total de 2,5 puntos con un máximo de 20 puntos.*

*Cuando la solicitud contemple que las acciones formativas se imparten en varios centros o empresas, el cálculo se ponderará según el número de horas impartidas en cada uno de ellos.*

*Para la acreditación de esta experiencia se debe presentar algún documento que establezca el inicio de actividad de la entidad de formación, como pueden ser: Inscripción de la empresa en el Registro Mercantil, Estatutos de constitución, Presentación del IAE, Declaración censal de alta o también llamado alta en el censo de empresarios u otra documentación que acredite dicha experiencia.*

De acuerdo con el artículo 6.2 de la Orden EFP/217/2022, los beneficiarios de las ayudas podrán subcontratar hasta el 100 por ciento del proyecto, según lo establecido en el artículo 29 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones (LGS). Precisamente, en el apartado 2 del citado artículo 29 LGS únicamente se permiten subcontratas que excedan del 50% de la subvención otorgada cuando la normativa reguladora de la subvención (en este caso, la Orden EFP/217/2022) lo permita (cosa que sucede en este caso, mediante el artículo 6.2 de la Orden EFP/217/2022).

### **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 2<sup>2</sup> y ha confirmado la Audiencia Nacional en numerosas sentencias<sup>3</sup>.

#### **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.*

---

<sup>2</sup> *“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.”*

<sup>3</sup> Por todas, la Sentencia de 2 de julio de 2021 recaída en el recurso 1/2020.

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.*

El principio de no discriminación entre operadores ha sido reconocido, entre otras, en las Sentencias del Tribunal Supremo nº 1218/2020 de 28 de septiembre de 2020 (RC 317/2019) y nº 1220/2020 de 29 de septiembre de 2020 (RC 144/2019). Ambas sentencias analizaron un trato discriminatorio entre operadores entrantes y operadores presentes en el mercado del transporte por carretera.

Por lo que se refiere a la reclamación objeto del presente informe, se denuncia la posible discriminación, injustificada y desproporcionada, sufrida por las entidades de formación laboral en el artículo 3 de la Orden EFP/217/2022, al no figurar en dicho precepto como entidades directamente beneficiarias de las ayudas y únicamente de modo indirecto, como entidades subcontratadas por los beneficiarios (empresas, agrupaciones de empresas y entidades sin ánimo de lucro).

Por un lado, debe señalarse que el artículo 6.5.b) 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 (LSFP) reconoce a las entidades de formación laboral su carácter de posibles beneficiarias de subvenciones para la formación de trabajadores, tanto desempleados como ocupados:

*b) Subvenciones en régimen de concurrencia competitiva, que se aplicarán a la oferta formativa para trabajadores desempleados y ocupados, incluida la dirigida específicamente a trabajadores autónomos y de la economía social, así como a los programas públicos mixtos de empleo-formación. La concurrencia estará abierta a todas las entidades de formación que cumplan los requisitos de acreditación y/o inscripción conforme a la normativa vigente.*

Y en el artículo 13.3 de la misma LSFP 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.*

Y de acuerdo con el artículo 11.1 de la Ley General de Subvenciones (LGS) se considerará beneficiario de la subvención:

*Tendrá la consideración de beneficiario de subvenciones **la persona que haya de realizar la actividad que fundamentó su otorgamiento** o que se encuentre en la situación que legitima su concesión.*

En este caso las entidades formativas son las que llevan a cabo la actividad de formación subvencionada, aunque sea de manera indirecta mediante “subcontratación” que puede alcanzar el 100% del proyecto (artículo 6.2 de la Orden EFP/217/2022), puesto que la finalidad de la convocatoria de la Orden EFP/217/2022 es:

*aprobar las bases reguladoras de concesión de **ayudas destinadas a la formación no formal de cualificación y recualificación de la población activa**, vinculada a cualificaciones profesionales incluidas en el Catálogo Nacional de Cualificaciones Profesionales, en sectores estratégicos, para empresas, asociaciones empresariales y entidades sin ánimo de lucro y proceder a su convocatoria en el año 2022*

Como señaló el anterior Informe UM/022/22 de 15 de marzo de 2022<sup>4</sup>, la normativa sectorial no establece una reserva a favor de un determinado tipo de entidades. De hecho, en distintas sentencias de Tribunales Superiores de Justicia de Comunidades Autónomas se rechaza la existencia de una preferencia o exclusividad a favor de únicamente determinados entes sin ánimo de lucro para recibir subvenciones de formación laboral. 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:

---

<sup>4</sup> <https://www.cnmc.es/expedientes/um02222>,



*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 (exclusión de las empresas de formación) entre entidades ni tampoco la proporcionalidad de dicho trato distinto. 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 2021<sup>5</sup>:

*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 la exclusión de las empresas de formación como beneficiarias directas de las ayudas pueda redundar en una mejor formación del colectivo destinatario de los cursos formativos (formación de cualificación y recualificación de la población activa vinculada a cualificaciones profesionales en sectores estratégicos).

## V. CONCLUSIONES

La exclusión de las empresas o entidades de formación como beneficiarias de ayudas efectuada en el artículo 3 de la Orden EFP/217/2022, de 17 de marzo, 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. En particular, de un lado, ha de considerarse que dichas empresas serán las que llevarán a cabo la actividad formativa subvencionada (artículo 11.1 Ley General de Subvenciones) mediante el mecanismo indirecto de la subcontratación (artículo 6.2 de Orden

---

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

EFP/217/2022). Por otro lado, el artículo 6.5.b) 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, reconoce expresamente la condición de beneficiarias de subvenciones a las entidades formativas.