

INFORME SOBRE LA INFORMACIÓN PRESENTADA, AL AMPARO DEL ARTÍCULO 26 DE LA LEY 20/2013, DE 9 DE DICIEMBRE, DE GARANTÍA DE LA UNIDAD DE MERCADO, EN RELACIÓN CON LA ORDEN EMT/110/2024, DE 14 DE MAYO, POR LA QUE SE APRUEBAN LAS BASES REGULADORAS QUE DEBEN REGIR LA CONVOCATORIA DE CONCESIÓN DE SUBVENCIONES PARA EL ÁMBITO DE LAS TIC

(UM/040/24)

CONSEJO. PLENO

Presidenta

D.^a Cani Fernández Vicién

Consejeros

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

Secretaria del Consejo

D. Miguel Bordiu García-Ovies

En Madrid, a 9 de julio de 2024

I. ANTECEDENTES Y OBJETO DEL INFORME

El 17 de junio de 2024 tuvo entrada en el Registro electrónico del Ministerio de Economía, Comercio y Empresa un escrito presentado por la entidad Asociación Estatal de Grandes Empresas de Formación 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) contra la Orden EMT/110/2024, de 14 de mayo, por la que se aprueban las bases reguladoras que deben regir la convocatoria de concesión de subvenciones para el ámbito de las TIC, publicada en Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya núm.9165, de 17 de mayo de 2024.

En su escrito, la reclamante objeta al requisito para la persona solicitante de la subvención convocada consistente en “*Tener el domicilio social en Cataluña*” (base 6.2), por considerar que obstaculiza de manera directa el acceso al mercado catalán a las entidades que no están domiciliadas en dicha Comunidad Autónoma y, por tanto, que resulta discriminatorio con arreglo a los artículos 3, 9 y 18.2.a) LGUM.

La Secretaría para la Unidad de Mercado ha dado traslado a esta Comisión de la información y la documentación presentada con la finalidad de que por este organismo se emita un informe, con arreglo a lo dispuesto en el apartado 5 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 artículo 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*”.

En el caso que nos ocupa, la actividad sobre la que versa la reclamación, formación en materia de tecnologías de la información y las comunicaciones (TIC), está incluida en el ámbito de la LGUM, de acuerdo con lo expuesto.

III. ANÁLISIS DEL CASO OBJETO DE INFORME

De acuerdo con la Base 6.2 del Anexo de la Orden EMT/110/2024:

“6.2 Requisitos específicos:

Los requisitos específicos que deben cumplir las personas solicitantes se desglosan en requisitos para los equipos de personas que lideran el proyecto presentado y que forman parte de la entidad (equipo impulsor), y requisitos para las personas solicitantes.

Requisitos para el equipo que lidera el proyecto (equipo impulsor):

Los órganos de decisión y dirección deben estar comprometidos con el crecimiento del proyecto o iniciativa. El cumplimiento de este requisito se debe hacer constar en la memoria técnica descriptiva del proyecto que se indica en la base 12.

Requisitos para la persona solicitante:

Tener el domicilio social en Cataluña. Este requisito se debe cumplir en el momento de la publicación de la convocatoria.

Estar constituida según alguna de las siguientes formas jurídicas: sociedad de responsabilidad limitada, sociedad anónima, sociedad laboral, sociedad civil, sociedad cooperativa, sociedad limitada unipersonal o persona autónoma. O bien, ser un consorcio, fundación o asociación o entidad privada sin ánimo de lucro, o un ente local o cualquier otra entidad con personalidad jurídica propia.”

El artículo 18.2.a) LGUM, invocado por la reclamante, establece que:

“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: 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.”

Si bien el precepto citado ha sido modificado en dos ocasiones, la previsión de este tipo de requisitos como discriminatorio se ha mantenido en las sucesivas versiones del artículo y ha sido examinada, y confirmada, por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 121/2018, de 31 de octubre (rec.6031/2016):

“1. La Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional plantea cuestión de inconstitucionalidad sobre el artículo 18.2 a).1 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, por posible vulneración de los artículos 149.1.1 y 149.1.7 CE. En particular, sobre el inciso «que disponga de un establecimiento físico dentro de su territorio», cuya constitucionalidad considera el órgano judicial dudosa y relevante para resolver sobre la legalidad de la orden impugnada en el proceso a quo, al exigir esta que los planes de formación tengan que impartirlos centros que, en un altísimo porcentaje, tienen que estar domiciliados en la Comunidad Autónoma de Aragón.

Como se indicó en el antecedente 2, el citado apartado dice así:

«Serán consideradas actuaciones que limitan el libre establecimiento y la libre circulación por no cumplir los principios recogidos en el Capítulo II de esta Ley 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, 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.»

Dicho precepto se integra en el capítulo IV de la ley, referido a las garantías al libre establecimiento y circulación. Ese capítulo, contiene tres artículos. El primero, el artículo 16, explicita el principio de libre iniciativa económica. El artículo 17 concreta cómo operan los principios de necesidad y proporcionalidad que permiten a los poderes públicos exigir autorizaciones, declaraciones responsables y comunicaciones e impone la obligación de velar por minimizar las cargas administrativas. Por último, el artículo 18, en el que se enmarca el concreto apartado que aquí se cuestiona, se refiere a determinadas actuaciones que limitan la libertad de establecimiento y circulación; entre ellas se encuentran aquellas que impongan requisitos discriminatorios para el acceso a la actividad económica o su ejercicio, para la obtención de ventajas o para la adjudicación de contratos públicos. Entre esos requisitos discriminatorios, figura el de 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.» Este último, el de disponer de un establecimiento físico, es el que se cuestiona por la Audiencia Nacional.

A juicio del órgano judicial que promueve la cuestión, ese concreto inciso sería inconstitucional por vulnerar los artículos 149.1 y 149.1.7 CE y el artículo 77.2 del Estatuto de Autonomía de Aragón (EAAr); lo que, obviamente, hemos de reconducir a la competencia estatal sobre legislación laboral del artículo 149.1.7 CE, que es la que parece estimarse ejercida en exceso con invasión de la competencia autonómica. Y ello, porque de acuerdo con el artículo 18.2 a).1 de la Ley 20/2013, la exigencia de contar con un centro físico en la comunidad autónoma sería una actuación que, en términos absolutos, limita la libertad de establecimiento y la libertad de circulación en cuanto que impide a las comunidades autónomas, sin matización alguna, imponer dicho requisito a las entidades que pretenden una subvención pública en el concreto ámbito laboral. La Audiencia Nacional afirma que se trata de una suerte de presunción iuris et de iure de dudosa constitucionalidad, por cuanto impide el ejercicio por

parte de la comunidad autónoma, en el presente caso, de su competencia ejecutiva en materia de «trabajo y relaciones laborales, incluyendo las políticas activas de ocupación, la intermediación laboral, así como la prevención de riesgos laborales».

2. Conviene precisar, con carácter previo al análisis de la vulneración planteada, que este Tribunal ha dictado la STC 79/2017, de 27 de junio, en relación con la conformidad de distintos preceptos de la Ley 20/2013, de garantía de la unidad de mercado con el texto constitucional, y en concreto, con aquellos que establecen el modelo de distribución competencial Estado-Comunidades Autónomas. En ella se daba respuesta al recurso de inconstitucionalidad 1397-2014, interpuesto por el Parlamento de Cataluña respecto de los siguientes artículos de la Ley 20/2013: el apartado segundo del artículo 14, y por conexión el apartado segundo del artículo 23; los artículos 16, 17 y 18, y por conexión el artículo 5 y la disposición final segunda; los artículos 19 y 20, y por conexión la disposición adicional décima, y asimismo, el apartado quinto del artículo 26; el artículo 27, en relación con la disposición final primera que añade los apartados primero y segundo del artículo 127 quater de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contenciosa administrativa; el apartado primero y, por conexión, el apartado segundo de la disposición final tercera que dan una nueva redacción al artículo 2 y a la disposición final décima de la Ley 12/2012, de 26 de diciembre, de medidas urgentes de liberalización del comercio y de determinados servicios; y la disposición final cuarta.

La doctrina establecida en la STC 79/2017 sirve de pórtico para encuadrar la cuestión de inconstitucionalidad que ahora pende ante este Tribunal. Sin embargo, la mera remisión a lo razonado en dicha Sentencia no es suficiente para llegar a un pronunciamiento en esta cuestión de inconstitucionalidad, puesto que el análisis de los preceptos allí cuestionados—entre ellos, el artículo 18 de la Ley de garantía de la unidad de mercado (se realizaba, esencialmente, desde la perspectiva, distinta a la que ahora se nos plantea, del principio de eficacia nacional de los actos y disposiciones autonómicos).

En definitiva, en cuanto ahora nos afecta, en la STC 79/2017 (FFJJ 13 y 14) declaramos la inconstitucionalidad de los artículos 19 y 20 de la Ley 20/2013, así como del artículo 18.2 objeto de esta cuestión, si bien solo de sus apartados b), c) y e), con fundamento en que el denominado «principio de eficacia nacional» vulnera el principio general de territorialidad de las competencias autonómicas, pues otorga eficacia extraterritorial a actos ejecutivos autonómicos que aplican un derecho propio que no es equivalente al derecho del territorio en el que se les debe reconocer eficacia.

A partir del enfoque adoptado en la STC 79/2017, no se declaraba inconstitucional en ella el apartado a) del artículo 18.2 a).1 de la

Ley 20/2013, que es el aquí cuestionado. Y ello resulta lógico, pues el artículo 18.2 a).1 considera que el requisito de disponer de «establecimiento físico dentro de su territorio» para el acceso a una actividad económica o a su ejercicio, para la obtención de ventajas económicas o para la adjudicación de contratos públicos, es discriminatorio. Se trata así de un precepto que no es manifestación del principio de eficacia nacional y que, por tanto, no vulnera el principio de territorialidad de las competencias autonómicas —a diferencia de otros requisitos establecidos en el mismo artículo, que se declaran inconstitucionales—.

No obstante, interesa destacar, ya desde este momento, que, en la misma STC 79/2017, al comenzar el examen de la impugnación de los artículos 16, 17 y 18 de la Ley 20/2013 [incluido su apartado 2 a)] y, por conexión del artículo 5 y la disposición final segunda de la misma Ley (FFJJ 5 y 6), los encuadramos claramente en la competencia estatal del artículo 149.1.13 CE, si bien luego (FJ 9) recondujimos el examen del artículo 18 al principio de eficacia nacional. En concreto, en el fundamento jurídico 5 de la STC 79/2017, recordamos que el artículo 149.1.13 CE ampara normas orientadas a la ordenación de sectores económicos concretos y también al logro de fines entre los que, en particular, hemos identificado el mantenimiento de la unidad de mercado (SSTC 118/1996, FJ 10; 208/1999, FJ 6). Y, si bien hemos subrayado que el artículo 149.1.13 CE exige una lectura restrictiva, en la STC 79/2017, destacamos que, en cuanto la Ley de garantía de la unidad de mercado proclama el principio general de libertad de acceso y ejercicio de la actividad económica en todo el territorio nacional y condiciona la capacidad de intervención pública en aquella, «[l]os preceptos que ahora consideramos tienen, sin duda, ‘una incidencia directa y significativa sobre la actividad económica general’ (STC 5/2016, de 21 de enero, FJ 4), en cuanto forman parte de la definición de un marco más flexible y transparente para el acceso y ejercicio de las actividades económicas. Configuran un objetivo genérico de política económica dictado al amparo de la competencia estatal relativa a la ordenación general de la economía del artículo 149.1.13 CE».

También ha de citarse, en cuanto a la vinculación del inciso cuestionado con la unidad de mercado, la STC 111/2017, FJ 4, a) y c), a cuyo tenor «[e]l artículo 139.2 CE asegura la libre circulación de mercancías y personas en todo el territorio español. Proscribe con ello las regulaciones o medidas de signo proteccionista; esto es, que dificultan injustificadamente en un territorio la comercialización de productos de otras zonas o el ejercicio de actividades empresariales por parte de personas procedentes de otros lugares... Conforme al último párrafo del artículo 7.3 de la Ley 17/2009, los medios de intervención sobre los establecimientos físicos, además de proporcionados, deben resultar no discriminatorios. En el mismo sentido, el artículo 18.2 de la Ley 20/2013,

tras proscribir con carácter general exigencias discriminatorias basadas ‘directa o indirectamente en el lugar de residencia o establecimiento del operador’, prohíbe varios requisitos concretos... Estas previsiones no vulneran la libertad de circulación de bienes y personas en todo el territorio nacional (art. 139.2 CE). Antes bien, la desarrollan al proscribir condiciones o requisitos concretos por discriminatorios o proteccionistas».

En definitiva, sin perjuicio de las consideraciones que hemos formulado en la STC 79/2017, de 27 de junio, es preciso abordar la presente cuestión desde otros ángulos adicionales.

(...)

En consecuencia, hemos de dilucidar si, al dictar una norma básica para la coordinación de la planificación general de la actividad económica, el Estado puede condicionar las competencias ejecutivas autonómicas en ámbitos competenciales afectados por la incidencia del título transversal del artículo 149.1.13 CE. La respuesta ha de ser afirmativa, pues reiteradamente hemos afirmado que los títulos competenciales transversales de los que es titular el Estado, como el que ahora nos ocupa, pueden proyectarse sobre competencias sectoriales que una Comunidad Autónoma haya asumido, incluso como exclusivas, en su Estatuto (así, en relación con el artículo 149.1.13 en la STC 74/2014, FJ 3, y en relación con el artículo 149.1.13 y 149.1.23 la STC 15/2018, FJ 5). 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 ello, aunque esta prohibición pueda incidir en el ejercicio de competencias sectoriales de las Comunidades Autónomas, la limitación que implica está justificada en el ejercicio de la competencia del Estado para garantizar las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica. Siendo esto así, con mayor razón podrá proyectarse una norma básica estatal dictada ex artículo 149.1.13 CE sobre sectores en los que la competencia autonómica sea puramente ejecutiva. Por tanto, y en conclusión, no cabe apreciar la tacha de inconstitucionalidad denunciada por el órgano judicial en relación con el último inciso del artículo 18.2 a).1 de la Ley de garantía de la unidad de mercado, que no invade la competencia de la Comunidad Autónoma de Aragón sobre ejecución de la legislación laboral. El Estado, al dictar la legislación básica, no invade la competencia autonómica, y la Comunidad Autónoma, en ejercicio de sus competencias de mera ejecución, ha de respetar las bases estatales.”

Por su parte, el artículo 18.2.b) LGUM dispone que:

“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: 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.”

Sobre esta base, resulta aplicable lo razonado en, entre otras, Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 23 de febrero de 2024 (rec.1/2022):

“En el presente caso, la norma reglamentaria de convocatoria cuyo precepto se ha impugnado - apartado c) de la base reguladora tercera-configura un requisito discriminatorio al acceso o ejercicio de una actividad económica pues el art. 18.2.a) 1 de la Ley 20/2013 contempla como 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, aquellos basados directa o indirectamente en el lugar de residencia o establecimiento del operador. Y en el caso analizado solo se puede tener la condición de beneficiario de las ayudas si la empresa solicitante tiene su domicilio social y fiscal en Villanueva de la Serena atendiendo prioritariamente al criterio de territorialidad de los establecimientos ya ubicados en el municipio convocante de esas ayudas a las pequeñas y medianas empresas lo que, hace imposible que puedan acceder a esas ayudas públicas aquellas empresas que no estén ubicadas en Villanueva de la Serena. Y, por tanto, con ese criterio para poder ser beneficiario de las ayudas se está discriminando a los operadores que no están establecidos en Villanueva de la Serena en el momento de convocar las ayudas públicas, pero que podrían tenerlo si se les reconociera la posibilidad de obtener las ayudas que se convocan. 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

dicha exigencia se ha vinculado en la convocatoria como requisito para poder ser beneficiario de las ayudas.

Se impone así una discriminación indirecta, porque la norma exige la necesidad de que quien solicita la ayuda tenga su domicilio social y fiscal en Villanueva de la Serena que coincide con el territorio de la administración convocante. Y tal exigencia, vulnera el artículo 18.2.a de la LGUM, cuyo punto 1º, expresamente dispone que la exigencia de disponer de establecimiento, domicilio social o establecimiento físico en el territorio de la autoridad competente constituye un requisito discriminatorio y, por lo tanto, es contraria al libre establecimiento y a la libre circulación.

Por otra parte, el Ayuntamiento de Villanueva de la Serena no invoca y, tampoco la aprecia la Sala, razón objetiva alguna, al margen de la meramente territorial, que justifique la diferencia de trato, lo cual incide de modo directo en las actuaciones que limitan el libre establecimiento y la libre circulación por no cumplir los principios recogidos en el Capítulo II de la Ley 20/2013, a las que se refiere en su artículo 18.2, pues, para la obtención de ventajas económicas implica la exigencia de requisitos de obtención de una autorización, homologación, acreditación, calificación, certificación, cualificación o reconocimiento, de presentación de una declaración responsable o comunicación o de inscripción en algún registro para acreditar la equivalencia de las condiciones que reúne el operador establecido en otro lugar del territorio con los requisitos exigidos para la concesión de dichas ventajas económicas, en los términos literales que prevé el apartado f) de dicho artículo.

Desde luego, la potestad reglamentaria reconocida a las Administraciones locales y que invoca la demandada no da cobertura a la fijación de unos requisitos para poder ser beneficiario de las ayudas que se recogen en el apartado c) de la base reguladora tercera impugnada por cuanto resulta abiertamente contraria a una norma con rango de Ley, como es la Ley 20/2013 en cuyo artículo 18 se protege, precisamente, el libre establecimiento y circulación con arreglo al principio de no discriminación. Por tanto, debemos concluir que el apartado c) de la base reguladora tercera vulnera el art. 18.2.a) de la Ley 20/2013, de Garantía de la Unidad de Mercado en cuanto que no hay ninguna justificación objetiva que ampare la exigencia de la territorialidad impugnada ya que el intereses del Ayuntamiento de Villanueva de la Serena consistente en obtener riqueza en ese municipio podría haberse obtenido sustituyendo la exigencia de la domiciliación impugnada por la exigencia de generar riqueza y actividad económica en Villanueva de la Serena con cargo a las ayudas concedidas a través de diversos medios y, entre ellos, exigiendo la contratación de trabajadores de Villanueva de la Serena o exigiendo que el destino de las ayudas se dirigiera a la realización de actividades o de proyectos que pudieran generar riqueza concreta en Villanueva de la Serena con

independencia del lugar de domiciliación de la empresa beneficiaria de las ayudas.

Y, procede, en consecuencia, la estimación del recurso y la anulación del citado precepto aquí recurrido por ser en este concreto extremo contrario a derecho por cuanto su regulación es discriminatoria para el acceso a la actividad económica o su ejercicio al beneficiar de forma selectiva a unas empresas sobre otras en virtud del criterio de la territorialidad distorsionando así la competencia.”

A la vista del artículo 18.2.a) y b) LGUM y la ausencia de una justificación del requisito distinta de la simple territorialidad, la conclusión a la que se llega es que resulta discriminatorio.

IV. CONCLUSIONES

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

1ª. En ausencia de una justificación distinta de la simple territorialidad, la exigencia de que la persona solicitante de la subvención convocada tenga su domicilio social en Cataluña resulta contraria al artículo 18.2.a) y b) LGUM por ser discriminatoria.