

EXTRACTO DE LOS PROBLEMAS DEL SECTOR DE LA FORMACIÓN PROFESIONAL PARA EL EMPLEO EN RELACIÓN A LA “LIBERTAD DE EMPRESA”

Jose Manuel Campos Rey¹

Eva María Pena López²

El 23 de marzo de 2015 se publicó el Real Decreto-ley 4/2015, de 22 de marzo, para la reforma urgente del Sistema de Formación Profesional para el Empleo en el ámbito laboral. Dicho Real Decreto-ley 4/2015 debía ser debatido por el Congreso de los Diputados en el plazo de treinta días para convalidarlo o derogarlo; y, sin embargo, hasta el 10 de septiembre de 2015, con la publicación 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, el sector se enfrentó a casi seis meses de indeterminación jurídica que hizo tambalear los cimientos del sistema.

La Ley 30/2015 tampoco ha resuelto la problemática del sector, pues hasta el momento no se ha publicado su desarrollo normativo. Así las cosas, muchas cuestiones fundamentales siguen en suspenso, y el sector sigue luchando por su supervivencia en un clima de desacuerdo entre los agentes sociales, las comunidades autónomas, y el gobierno.

En el momento actual, en el que se prevé se inicie el desarrollo de la Ley 30/2015, creemos que es oportuno reflexionar sobre el modelo a seguir, impulsando tanto las modificaciones legales necesarias en la propia Ley como en el nuevo Real Decreto que la desarrolle, con el fin de normalizar el sector de la formación para el empleo en España, conciliando el respeto a la libertad de empresa recogida en el Art. 38 CE y la unidad de mercado, con el objetivo final de ofertar una formación eficiente y de calidad a trabajadores y desempleados.

Todo ello en un contexto de desconfianza por parte de los usuarios finales (los trabajadores en general), quienes, influenciados por algunos medios de comunicación y la cobertura que estos han hecho de la presunta “*corrupción*” existente en la formación profesional para el empleo, no dan la importancia debida a un sistema cuyos objetivos principales son:

- a) Favorecer la formación a lo largo de la vida de los trabajadores desempleados y ocupados para mejorar sus competencias profesionales y sus itinerarios de empleo y formación, así como su desarrollo profesional y personal.
- b) Contribuir a la mejora de la productividad y competitividad de las empresas.
- c) Atender a los requerimientos del mercado de trabajo y a las necesidades de las empresas, proporcionando a los trabajadores las competencias, los conocimientos y las prácticas adecuados.
- d) Mejorar la empleabilidad de los trabajadores, especialmente de los que tienen mayores dificultades de mantenimiento del empleo o de inserción laboral.
- e) Promover que las competencias profesionales adquiridas por los trabajadores, tanto a través de procesos formativos como de la experiencia laboral, sean objeto de acreditación.
- f) Acercar y hacer partícipes a los trabajadores de las ventajas de las tecnologías de la información y la comunicación, promoviendo la disminución de la brecha digital existente, y garantizando la accesibilidad de las mismas.

En una situación de crisis económica como la actual, dichos propósitos no son una cuestión baladí, por lo que urge tomar las medidas necesarias para reconducir la situación y proporcionar a la formación profesional para el empleo la relevancia que tiene y que sí se le facilita en otros países de nuestro entorno.

¹ Ingeniero Industrial y Licenciado en Administración de Empresas. Socio Consultor de Grupo Femxa.

² Licenciada en Ciencias Políticas y de la Administración. Especialización Administración Pública.

En este contexto, consideramos que los principales escollos a solventar se relacionan directamente con la “*libertad de empresa*”, y más concretamente con dos aspectos de la misma: la “*libertad de competencia*” y la “*unidad de mercado*”.

1-LIBERTAD DE COMPETENCIA:

La propia Constitución Española de 1978 en su artículo 38, establece y garantiza la “*libertad de empresa*” en los siguientes términos:

“Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación.”

En base a este precepto y al desarrollo normativo posterior, la “*libertad de empresa*” tiene tres dimensiones básicas³:

- a) Libertad de acceso al mercado: implica libertad para crear empresas y emprender actividades económicas lícitas, así como la libertad para elegir en qué sector económico se prefiere actuar.
- b) Libertad de cesación en el mercado: el empresario tiene derecho a cesar en la actividad empresarial y a perder la condición de empresario.
- c) **Libertad de ejercicio de la empresa**: faculta al empresario a establecer sus propios fines u objetivos económicos para organizar la empresa y orientar su actividad. A su vez, la libertad de ejercicio de la empresa, se apoya en otras tres libertades⁴:
 - **Libertad de decisión.**
 - **Libertad de auto organización.**
 - **Libertad de competencia.**

Precisamente con respecto a esta última, los Letrados de las Cortes Generales D. José Luis Ruiz-Navarro Pinar y Dña. Sara Sieira señalan que “*Una de las cuestiones más controvertidas en relación con el cumplimiento de las normas sobre defensa de la competencia es el régimen de ayudas y subvenciones que puede poner en peligro el principio de igualdad de oportunidades en el mercado*”⁵.

Ambos letrados señalan que el propio Tribunal Constitucional ha establecido una doctrina jurisprudencial “*completa y estable*” en materia subvencional (SSTC 13/1992, 79/1992, 330/1993, 213/1994, 59/1995, 16/1996, 68/1996, 109/1996, 70/1997, 71/1997 y 175/2003) que resumen en tres puntos:

- a) El Estado no dispone de un poder para subvencionar de carácter general, entendido como poder libre o desvinculado del poder competencial.
- b) La técnica de reparto territorial de las subvenciones para su gestión descentralizada resulta la más ajustada al modelo diseñado por la Constitución.
- c) Las dotaciones presupuestarias deben territorializarse en los Presupuestos del Estado.

Precisamente en base a esta doctrina surge la duda eterna: **¿el sistema de subvenciones de la formación profesional para el empleo conculca el principio de igualdad de oportunidades en el mercado?**; y en definitiva: **¿la formación profesional para el empleo debe subvencionarse o debe regirse por las normas de contratación pública?**

³ “La libertad de empresa en nuestro mercado. Nuestra Constitución Económica”. Universidad Autónoma de Madrid.

⁴ “Tema 8: La libertad de empresa: el derecho de la competencia” D. Juan Bataller (dir.), D. Luis Gallego, D. Mario Pérez. <https://derechoeconomico.files.wordpress.com/2010/07/t8-derecho-competencia.pdf>

⁵ Sinopsis en relación al artículo 38 de la Constitución Española a cargo de D. José Luis Ruiz-Navarro Pinar, Letrado de las Cortes Generales. Abril, 2004. Actualizada por Dña. Sara Sieira, Letrada de las Cortes Generales. Enero, 2011. [Web del Congreso de los Diputados](http://www.congreso.es/webdelcongreso/losdiputados/).

Para responder a ambas preguntas debemos consultar, en primer lugar, la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, que en su artículo 2 establece que *“Se entiende por subvención, a los efectos de esta ley, toda disposición dineraria realizada por cualesquiera de los sujetos contemplados en el artículo 3 de esta ley, a favor de personas públicas o privadas, y que cumpla los siguientes requisitos:*

- a) *Que la entrega se realice sin contraprestación directa de los beneficiarios.*
- b) *Que la entrega esté sujeta al cumplimiento de un determinado objetivo, la ejecución de un proyecto, la realización de una actividad, la adopción de un comportamiento singular, ya realizados o por desarrollar, o la concurrencia de una situación, debiendo el beneficiario cumplir las obligaciones materiales y formales que se hubieran establecido.*
- c) *Que el proyecto, la acción, conducta o situación financiada tenga por objeto el fomento de una actividad de utilidad pública o interés social o de promoción de una finalidad pública”*

No obstante, en el ámbito de la formación profesional para el empleo no puede obviarse que existe una **“contraprestación directa”**.

En segundo lugar debemos acudir al Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, que establece en su artículo 10 relativo al **contrato de servicios** que *“Son contratos de servicios aquéllos cuyo objeto son prestaciones de haber consistentes en el desarrollo de una actividad o dirigidas a la obtención de un resultado distinto de una obra o un suministro. A efectos de aplicación de esta Ley, los contratos de servicios se dividen en las categorías enumeradas en el Anexo II”*. Entre estas categorías se encuentran los Servicios de Educación y formación profesional (categoría 24).

Como contratos de prestación de servicios se entienden supuestos similares a los que nos ocupan. Por ejemplo, los siguientes:

- a) Servicios de gestión integral de residencias de personas mayores:

CNMY16/18-18/34 Servicio de gestión integral de la Residencia de Personas Mayores Dependientes de Orihuela (Órgano de contratación: Vicepresidencia y Consellería de Igualdad y Políticas Inclusivas).

- b) Servicios de mediación comunitaria:

02/2016 El servei de mediació comunitària per promoure la convivència ciutadana i prevenir els conflictes, generant accions que fomentin la cultura de la pau i la resolució de conflictes (Órgano de contratación: Ajuntament de Sant Cugat del Vallés).

- c) Servicios de publicidad:

307/2016 Servicios de distribución de contenidos a través de Internet. (Órgano de contratación: Comisión de Contratación de la Sociedad Estatal Loterías y Apuestas del Estado S.A).

SSCC CN 153/10 Campaña de vallas publicitarias para la difusión del proyecto del nuevo hospital de Son Dureta en Son Espases (Órgano de contratación: Gobierno de las Islas Baleares).

01/16. Planificación, difusión y compra de medios de una campaña de publicidad nacional anual comprendida entre los años 2016 y 2017 para la difusión de la oferta turística de la Comunitat Valenciana (Órgano de contratación: Agència Valenciana del Turisme).

- d) Agencias de colocación:

SG -5/2014 Colaboración con los servicios públicos de empleo para la inserción en el mercado laboral de personas desempleadas en Aragón (basado en Acuerdo Marco del Servicio de Empleo Estatal). (Órgano de contratación: Instituto Aragonés de Empleo).

01471/2014/18 Contratación n.º 1 de Agencias de Colocación para la colaboración con el EcyL en la realización de trabajos de inserción en el mercado laboral de personas desempleadas con base en el Acuerdo Marco con Agencias de Colocación para la colaboración con Servicios Públicos de Empleo en la inserción en el mercado laboral de personas desempleadas (P.A. 17/13) (Órgano de contratación: Servicio Público de Empleo de Castilla y León (ECYL)).

Hágase notar que en estos ejemplos **la Administración licita la prestación de un servicio cuyo beneficiario o usuario final es un tercero**, al igual que ocurre en la prestación de servicios de formación profesional para el empleo. No obstante, en relación a la formación profesional para el empleo la Administración opta mayoritariamente por el sistema subvencional.

La misma Fundación Estatal para la Formación en el Empleo reconoce indirectamente que estamos ante un supuesto de **prestación de servicios**:

“Los expertos responden”

Tema del encuentro: Nuevo papel de las entidades externas que tienen encomendada la organización en la formación programada por las empresas

Fecha: 30/11/2015

Descripción: La publicación del Real Decreto 4/2015 y de la Ley 30/2015 han supuesto un cambio en los requisitos, funciones, y obligaciones de las entidades a las cuales las empresas encomiendan la organización de su formación. En este encuentro se ofrece a los usuarios la posibilidad de aclarar las dudas relacionadas con este nuevo papel.

Experto: Olvido Perea (Responsable de la Unidad de Formación en las Empresas)

Pregunta

Buenos días. Si actuamos solo como entidad organizadora y otro centro como impartidor de la formación. **¿Existe algún modelo de contrato oficial que tengamos que cumplimentar con el centro de impartición que hemos contratado?**
Muchas gracias.

Respuesta

La forma del **contrato de prestación de servicios** será un contrato mercantil por el servicio prestado, no existiendo un modelo oficial del mismo.

La Administración no termina de decantarse hacia un sentido u otro, y así nos encontramos, indistintamente, con convocatorias de subvenciones y con concursos cuyo objeto es la prestación de servicios de formación. Concursos tales como:

15/16 Programa integral de formación en inglés (Órgano de contratación: Comisión Nacional del Mercado de Valores).

1400379 Clases presenciales de inglés para el personal de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (Órgano de contratación: Secretaría General de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia).

49/15 Impartición de las clases de inglés para el personal al servicio del Tribunal de Cuentas para el período comprendido desde septiembre de 2015 hasta julio de 2017 (Órgano de contratación: Tribunal de Cuentas).

40/16 Formación en inglés, francés y alemán mediante clases presenciales para altos cargos y grupos especiales (Órgano de contratación: Junta de Contratación del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas).

La propia Consellería de Traballo e Benestar de la Comunidad Autónoma de Galicia (o la más reciente Consellería de Economía, Emprego e Industria) ha publicado en varias ocasiones una licitación para impartir, en sus propios centros, formación a desempleados para la obtención de certificados de profesionalidad:

2013.04.FC.A. RESOLUCIÓN do 14 de decembro de 2012, da Secretaría Xeral Técnica da Consellería de Traballo e Benestar, pola que se convoca a contratación, polo procedemento aberto e tramitación ordinaria, dun servizo, por lotes, para impartición de accións formativas nos centros de formación profesional para o emprego dependentes desta consellería.

126/2013 RESOLUCIÓN do 30 de decembro de 2013, da Secretaría Xeral Técnica da Consellería de Traballo e Benestar, pola que se convoca a contratación, polo procedemento aberto e tramitación ordinaria non suxeito a regulación harmonizada, do servizo, por lotes, para a impartición de accións formativas nos centros de formación profesional para o emprego dependentes desta consellería.

90/2015 RESOLUCIÓN do 12 de xaneiro de 2016, da Secretaría Xeral Técnica da Consellería de Economía, Emprego e Industria, pola que se convoca a contratación, polo procedemento aberto e tramitación ordinaria non suxeita a regulación harmonizada, do servizo, por lotes, para a impartición de accións formativas nos centros de formación profesional para o emprego dependentes desta consellería.

Mención aparte merece el siguiente concurso público⁶ por ser licitado por el propio Servicio Público de Empleo Estatal, entidad integrante del Patronato de la Fundación Estatal para la Formación en el Empleo, convocante de las subvenciones de formación profesional para el empleo más relevantes, y referente para las distintas Consejerías autonómicas de Empleo:

P.A. 1/2015. Servicio externo para la impartición en el Centro Nacional de Formación Ocupacional de Marbella de cinco cursos de Formación Profesional para el Empleo de la Familia Profesional de Hostelería y Turismo, incluidos en la programación del Servicio Público de Empleo Estatal, con suministro de materiales anexos (Órgano de contratación: Dirección Provincial del Servicio Público de Empleo Estatal en Málaga).

En este contexto hay que tener en cuenta que la propia Ley 30/2015, de 9 de septiembre, por la que se regula el Sistema de Formación Profesional para el empleo en el ámbito laboral deja la puerta abierta a la contratación pública en su artículo 6 dedicado a la financiación:

“c) Sin perjuicio de lo dispuesto anteriormente, las Administraciones públicas competentes podrán aplicar el régimen de contratación pública, o cualquier otra forma jurídica ajustada a Derecho que garantice la publicidad y la concurrencia, a lo previsto en el artículo 7 así como a las restantes previsiones recogidas en esta ley relativas a la gestión de fondos del sistema de formación profesional para el empleo, su seguimiento y control, así como la calidad y la evaluación de la formación impartida.”

La propia **Junta Consultiva de Contratación Administrativa**, ante una disquisición similar, **ni se plantea la posibilidad de que el régimen aplicable sea el subvencionable** (Informe 47/99, de 21 de diciembre de 1999, “Naturaleza de los contratos cuyo objeto consiste en la organización

⁶ Estos y otros expedientes de contratos públicos pueden consultarse en la [Plataforma de contratación del sector público](#).

y desarrollo de cursos de idiomas en el extranjero para becarios del Ministerio de Educación y Cultura y, en su caso, exigencia de clasificación”).

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa es interpelada para dirimir la naturaleza de la contratación de los cursos de idiomas en el extranjero para becarios del Ministerio de Educación:

*“Desde hace ya cinco años se viene produciendo la contratación de cursos de idiomas en el extranjero por parte de esta Unidad (...) Surge sin embargo, la duda de si realmente estos contratos tienen la naturaleza que se les ha venido otorgando tradicionalmente, es decir, si se trata de contratos de servicios (...) **hay que tener en cuenta que estos servicios no son prestados a la Administración, sino a los alumnos que son destinatarios de las ayudas convocadas por el Ministerio de Educación y Cultura.**”*

La propia Junta Consultiva en ningún momento pone en duda que estos servicios deben licitarse por contratación pública; al contrario, analiza la naturaleza del servicio siempre desde la perspectiva de que se trata de un contrato público:

*“El dato decisivo de que **los servicios o actividades que integran el contenido del contrato para el contratista no se realicen directamente para la Administración sino para los alumnos becarios del Ministerio de Educación y Cultura** determina la imposibilidad de encaje de dicho contrato en el artículo 197.3, letra a) que sería el procedente, ya que puede afirmarse que el servicio, servicios y actividades que integran el contenido del contrato no pueden ser calificados como servicios de carácter técnico, económico, industrial, comercial o de naturaleza análoga prestados a la Administración, confirmándose esta primera conclusión por el carácter heterogéneo, al que posteriormente aludiremos, de las prestaciones del contratista, que impedirían hablar, incluso de actividades de servicio o de prestaciones objeto específico de los contratos administrativos típicos (...) los contratos que se refieren a actividades docentes o relacionados con la docencia constituyen uno de los supuestos, quizá el único, de contratos de trabajos específicos y concretos no habituales a que se refiere el artículo 197.4 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (informe de 18 de diciembre de 1996, expediente 68/96) y su proyección futura en el proyecto de modificación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, que suprime este tipo de contratos y **viene a configurar las actividades docentes como objeto de contratos de consultoría y asistencia y que si bien no puede tenerse en cuenta como norma jurídica en vigor pero sí como importante elemento interpretativo, conducen a la conclusión de que el contrato relativo a la organización y realización de cursos de idiomas en el extranjero para alumnos becarios del Ministerio tampoco puede considerarse contrato de trabajos específicos y concretos no habituales**, debiendo añadirse, para eliminar ésta última calificación, el carácter heterogéneo de las prestaciones del contratista, en el sentido anteriormente reflejado para los contratos de servicios de no poder constituir el objeto específico de contratos administrativos típicos (...) **Los contratos administrativos especiales se definen en el artículo 5.2.b de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas como los de objeto distinto a los anteriormente expresados (obras, gestión de servicios públicos, suministros, consultoría y asistencia, servicios y trabajos específicos y concretos no habituales) "pero que tengan naturaleza administrativa especial por resultar vinculados al giro o tráfico específico de la Administración contratante, por satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia de aquélla o por declararlo así una Ley."***

*Resulta evidente, en el presente caso, que no existe ninguna Ley que declare el contrato relativo a la organización y realización de cursos de idioma en el extranjero para alumnos becarios del Ministerio de Educación y Cultura **contrato administrativo especial**, pero también lo es que concurren la otras dos características que permiten tal calificación, pues **el tipo de contrato que venimos examinando resulta vinculado al giro o tráfico específico del Ministerio de Educación y Cultura y satisface de forma directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia del citado Ministerio, por lo que no existe dificultad alguna para la calificación del contrato como administrativo especial.**”*

Y concluye la Junta que el contrato para el desarrollo de cursos de idiomas en el extranjero para becarios del Ministerio de Educación y Cultura debe configurarse como contrato administrativo especial:

“Por lo expuesto, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende que el contrato relativo a la organización y realización de cursos de idiomas en el extranjero para alumnos becarios del Ministerio de Educación y Cultura debe configurarse como contrato administrativo especial, sin que proceda, en consecuencia, exigencia de clasificación, aunque su cuantía sea igual o superior a 20.000.000 de pesetas, de conformidad con el artículo 25 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas..”

Contrato administrativo que según Wolterskluwer⁷ es una “categoría de cierre para aquellas prestaciones que la Administración contrata y no pueden calificarse ni como contratos típicos ni tampoco privados porque ciertamente satisfacen una finalidad pública”:

“En ocasiones puede resultar difícil identificar los contratos administrativos especiales; como ejemplo puede servirnos el contrato para la gestión de las cafeterías de edificios públicos, hospitales, polideportivos, etc. No se trata en estos casos de la gestión de un servicio público porque el verdadero servicio público que está obligada a prestar la Administración es el sanitario o el deportivo, en esos casos. Tampoco se trata de un contrato administrativo de servicios porque tales cafeterías no son necesarias para el funcionamiento de la Administración. Y, desde luego, tampoco son contratos privados porque de algún modo satisfacen la finalidad pública de que quienes visitan esas instalaciones encuentren una serie de comodidades.”

Sobre el papel existe también la Junta Consultiva de Subvenciones, ante quien sería igualmente interesante plantear esta problemática que afecta al sector de la formación profesional para el empleo, pero desafortunadamente dicha Junta no se ha constituido a pesar de lo establecido en el Real Decreto 887/2006, de 21 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones.

“Artículo 8. Objeto y naturaleza jurídica.

1. La Junta Consultiva de Subvenciones, adscrita al Ministerio de Economía y Hacienda, se constituye como órgano consultivo en materia de subvenciones de los órganos y entidades que integran el sector público estatal, sin perjuicio de las competencias atribuidas a otros órganos consultivos por las leyes.

2. El régimen jurídico de la Junta Consultiva se ajustará a las normas contenidas en este Capítulo, y a las de organización y funcionamiento de los órganos colegiados contenidas en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y en la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado.

3. Las Comunidades Autónomas y las Entidades Locales podrán instar de la Junta Consultiva de Subvenciones la emisión de informes en los términos establecidos en los artículos siguientes, sin perjuicio de que tales Comunidades Autónomas puedan crear Juntas Consultivas de Subvenciones, con competencias en sus respectivos ámbitos territoriales.”

“Artículo 9. Composición, funcionamiento y competencias.

(...) 4. Podrán solicitar informes de la Junta Consultiva de Subvenciones:

a) Los Secretarios de Estado, los Subsecretarios, los Secretarios Generales y los Directores Generales de los Ministerios.

⁷http://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4slAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUmJAzNztbLUOuLM_DxblwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhlQaptWmJOCSoA0IXvYTUAAAA=WKE

b) Los Presidentes o Directores de los organismos autónomos y de las entidades públicas empresariales y demás entidades del sector público estatal, así como de las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social.

c) Los Presidentes de organizaciones asociativas, federativas o empresariales representativas de los distintos sectores afectados por las subvenciones, que acrediten su representatividad de acuerdo con las normas reguladoras de los sectores afectados.

d) Los titulares de las Consejerías de las Comunidades Autónomas, sin perjuicio de que tales Comunidades Autónomas puedan crear Juntas Consultivas de Subvenciones, con competencias en sus respectivos ámbitos territoriales.

e) Los Presidentes de las Corporaciones Locales, en aquellos supuestos en que tenga competencia para emitir informes la Junta.”

Este no es un asunto trivial pues podría tratarse de un “*fraude de Ley*”. Según D. Carlos Cubillo Rodríguez, Doctor en Derecho y Letrado del Tribunal de Cuentas⁸, “*el fraude de Ley es un viejo conocido en el ámbito de las subvenciones públicas y, regulado en el artículo 6.4 del Código Civil, supone el intento de disfrazar una operación bajo la apariencia de otra de distinta naturaleza, para eludir el régimen jurídico aplicable y sustituirlo por otro. La sanción civil al fraude de ley es la aplicación de la normativa que se pretendió eludir, la sanción administrativa puede ser incluso la nulidad del acto (por ejemplo, la resolución de concesión de la ayuda) y la declaración de haberse incurrido en desviación de poder. En casos extremos una conducta en fraude de ley puede tener también relevancia penal (...). Son conocidos los casos de maquillaje de subvenciones para darles apariencia de contratos menores y eludir así el régimen jurídico, más estricto, aplicable a las primeras. En sentido inverso, son también destacables los supuestos de contratos para la prestación de servicios concretos, que se disfrazan como subvenciones directas*”.

A la vista de lo expuesto hasta el momento podemos concluir que las Administraciones utilizan indistintamente el sistema subvencional y la contratación pública; y esta situación podría tener gran trascendencia en un futuro cercano (sanciones, nulidad de las aprobaciones...) con lo que requiere una reflexión profunda a nivel jurídico y el consenso de todos los agentes participantes.

2-UNIDAD DE MERCADO:

Según el Tribunal Constitucional, la “*libertad de empresa*” se halla naturalmente relacionada con la necesaria “*unidad de la economía nacional*” y la exigencia de que exista un “*mercado único*”⁹ (SSTC 96/1984, 64/1990, 118/1996). Sin la igualdad de las condiciones básicas de ejercicio de la actividad económica no es posible alcanzar en el mercado nacional el grado de integración que su carácter le impone (STC 64/1990).

Ambos conceptos “*unidad de la economía nacional*” y “*mercado único*” encuentran su máxima expresión en la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado (en adelante LGUM), norma cuyo objeto es establecer las disposiciones necesarias para hacer efectivo el principio de “*unidad de mercado*” en el territorio nacional. En particular, tiene por objeto garantizar la integridad del orden económico y facilitar el aprovechamiento de economías de escala y alcance del mercado mediante el libre acceso, ejercicio y la expansión de las actividades económicas en todo el territorio nacional garantizando su adecuada supervisión, de conformidad con los principios contenidos en el artículo 139 de la Constitución Española.

⁸ Figuras controvertidas en la aplicación de la Ley General de Subvenciones y su Reglamento de desarrollo. D. Carlos Cubillo Rodríguez, Doctor en Derecho y Letrado de Tribunal de Cuentas.

⁹ Sinopsis en relación al artículo 38 de la Constitución Española a cargo de D. José Luis Ruiz-Navarro Pinar, Letrado de las Cortes Generales. Abril, 2004. Actualizada por Dña. Sara Sieira, Letrada de las Cortes Generales. Enero, 2011. [Web del Congreso de los Diputados](#).

En definitiva, la “*unidad de mercado*” se fundamenta en la libre circulación y establecimiento de los operadores económicos, en la libre circulación de bienes y servicios por todo el territorio español, sin que ninguna autoridad pueda obstaculizarla directa o indirectamente, y en la igualdad de las condiciones básicas de ejercicio de la actividad económica. Y lo que es más importante, sin establecer excepciones. **La norma es de aplicación a todas las actividades económicas.** La propia 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 su artículo 6, establece el sometimiento de las administraciones a la LGUM: “*La gestión de las distintas administraciones competentes de los fondos a que se refieren los apartados anteriores deberá ajustarse a los principios previstos en el capítulo II de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado.*”

La Secretaría del Consejo para la Unidad de Mercado (en adelante SECUM), ratifica igualmente lo reflejado en la Ley 30/2015, y concluye que la formación profesional para la formación en el empleo no es una exención y así lo manifiesta, por ejemplo, en los Informes 26/1605, 26/1657, o 26/1658:

“III. CONSIDERACIONES DE LA SECRETARÍA DEL CONSEJO PARA LA UNIDAD DE MERCADO.

a) Inclusión de la actividad de impartición de formación profesional para el empleo 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 de formación profesional para el empleo que realiza la reclamante constituye una actividad económica y como tal está incluida en el ámbito de aplicación de la LGUM, cuyo artículo 2 establece:

“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.”

No obstante, las empresas españolas de formación profesional para el empleo se suelen encontrar con diversas barreras que limitan la “*unidad de mercado*”. Entre los sospechosos habituales aparece la exigencia de autorización, la autorización “*camuflada*”, la intervención no necesaria y la intervención no proporcionada. En consecuencia, el sector de la formación profesional para el empleo ha tenido que promover en varias ocasiones el **procedimiento de reclamación en defensa de los derechos e intereses de los operadores relativos a la libertad de establecimiento y circulación** ante la SECUM previsto en el artículo 26 de la LGUM, en base a las siguientes circunstancias¹⁰:

a) Requisito de inscripción o acreditación en el registro autonómico:

Pese a que 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 establece en su artículo 15 que “*la acreditación y/o inscripción será única y válida para la prestación de servicios en todo el territorio nacional, conforme a lo previsto en el artículo 20 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado*” varias son las comunidades

¹⁰ Se puede consultar más información al respecto en la web del [Ministerio de Economía y Competitividad](#).

autónomas que exigen una acreditación y/o inscripción autonómica para solicitar en las diversas convocatorias de formación para el empleo.

Algunas empresas del sector han tenido que presentar las correspondientes reclamaciones ante la SECUM e incluso interpelar a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante CNMC), quienes en diversas ocasiones han ratificado la improcedencia de dicha acreditación y/o inscripción autonómica.

Por ejemplo:

“Decreto 97/2016, de 5 de julio, por el que se regula la Formación Profesional para el Empleo dirigida prioritariamente a personas trabajadoras desempleadas en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Extremadura y se establecen las bases reguladoras de las subvenciones destinadas a su financiación.”

INFORME SECUM 26/1675

“El informe de la Secretaría considera que el requisito de registro de las entidades y centros de formación, es contrario a los principios de eficacia nacional y de no discriminación de los artículos 20 y 18.2.e) de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado.”

INFORME CNMC UM/107/16

“Los requisitos de disponer de acreditación o registro y experiencia formativa en la Comunidad de Extremadura exigidos a las entidades solicitantes de subvenciones en los artículos 18, 19, 30, 49 y 53 del Decreto 97/2016, de 5 de julio, por el que se regula la Formación Profesional para el Empleo dirigida prioritariamente a personas trabajadoras desempleadas en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Extremadura y se establecen las bases reguladoras de las subvenciones destinadas a su financiación (DO Extremadura 11.07.2016) resultan contrarios a los principios de no discriminación y eficacia nacional contenidos en los artículos 18 y 20 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado así como en las SSTJUE de 6 de diciembre de 2007 (C-456/05), 20 de mayo de 2010 (C-56/09), 5 de febrero de 2014 (C-385/12) y 18 de marzo de 2014 (C-628/11) y STS de 2 de junio de 2011 (RC 2577/2005).”

b) Disposición de instalaciones en la comunidad autónoma:

Varias comunidades autónomas han conculcado la LGUM estableciendo como barrera de acceso la exigencia de instalaciones en su propio territorio, disponer de domicilio social, etc. En este sentido también la SECUM y la CNMC han hecho valer la unidad de mercado:

“Orden HAC/43/2015, de 19 de noviembre, por la que se modifica la Orden HAC/35/2015, de 28 de septiembre, por la que se establecen las bases reguladoras y se aprueba la convocatoria para el ejercicio 2015-2017, de las subvenciones en materia de formación de oferta mediante la ejecución de planes formativos dirigidos prioritariamente a las personas trabajadoras ocupadas, de la Consejería de Economía, Hacienda y Empleo de la Comunidad Autónoma de Cantabria”

INFORME SECUM 26/1546

“La modificación efectuada por la Orden HAC/43/2015, de 19 de noviembre, surge como consecuencia de una anterior reclamación presentada ante esta Secretaría contra la Orden HAC/35/2015, de 28 de septiembre, que establecía la obligación de que las entidades beneficiarias estuvieran inscritas o acreditadas en el registro específico de la Comunidad Autónoma de Cantabria.

La nueva redacción establece ahora la posibilidad de que puedan solicitar las subvenciones las entidades de formación que estén inscritas en el Registro del Servicio Público de Empleo Estatal. Adicionalmente establece un nuevo requisito consistente en contar con instalaciones en el territorio de la Comunidad Autónoma de Cantabria debidamente inscritas y/o acreditadas.

La imposibilidad de acceder a las subvenciones para operadores que estén inscritos exclusivamente en el Registro de una Comunidad Autónoma que no sea la de Cantabria y el nuevo requisito de constar con instalaciones en el territorio de la Comunidad Autónoma de Cantabria debidamente inscritas y/o acreditadas resultan contrarios a los principios de no discriminación y eficacia nacional de los artículos 18 y 20 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado.”

INFORME CNMC UM/100/15

“La exigencia a las entidades beneficiarias de disponer de instalaciones dentro del territorio de la Comunidad Autónoma de Cantabria, así como la exclusión de las entidades formativas inscritas en los registros de otras Comunidades Autónomas, tal y como está previsto actualmente en el artículo 3 de la Orden HAC/35/2015 en la versión dada por la Orden HAC/43/201515, resultan contrarios a los principios de no discriminación y eficacia nacional de los artículos 18 y 20 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado.”

c) Valorar sistemas de calidad implantados a nivel autonómico:

Otra de las dificultades que establecen las comunidades autónomas para evitar la entrada de operadores económicos de otros territorios es valorar sistemas de calidad implantados únicamente a nivel autonómico y cuyos requisitos no son necesariamente más exigentes que los establecidos en otros territorios. La SECUM y la CNMC también son implacables en este sentido:

“Orden de 25/11/2015, de la Consejería de Economía, Empresas y Empleo, por la que se modifica la Orden de 15/11/2012, de la Consejería de Empleo y Economía, por la que se regula el desarrollo de la formación profesional para el empleo en materia de formación de oferta y se establecen las bases reguladoras para la concesión de subvenciones públicas a dichos programas y se aprueba la convocatoria pública de concesión de subvenciones para la realización de planes de formación dirigidos prioritariamente a trabajadores/ as ocupados/ as (modalidad I) para la anualidad 2015”

INFORME SECUM 26/1548

“Resulta contraria a los principios de eficacia nacional y no discriminación recogidos en los artículos 18 y 20 de la LGUM, la superior valoración reconocida a la implantación del sistema de calidad de Castilla La Mancha por parte de las entidades de formación para el empleo, prevista en la disposición octava y en el bloque II del Anexo II de la Orden de 25 de noviembre de 2015, de la Consejería de Economía, Empresas y Empleo de Castilla-La Mancha.”

INFORME CNMC UM/102/15

“La mayor valoración o puntuación de la implantación del sistema de calidad de Castilla-la Mancha frente a otros sistemas o certificados de acreditación de calidad (ISO/UNE, EFQM y otros equivalentes), prevista en la disposición octava y en el bloque II del Anexo II de la Orden de 25 de noviembre de 2015, de la Consejería de Economía, Empresas y Empleo de Castilla-La Mancha, resulta

contraria a los principios de eficacia nacional y no discriminación de los artículos 18 y 20 LGUM.”

d) Valorar únicamente la experiencia de gestión de la formación o los Recursos Humanos disponibles a nivel autonómico:

Otro de los supuestos que impiden la “*unidad de mercado*” en el sector de la formación para el empleo se refiere al establecimiento de criterios de valoración que se limitan al ámbito autonómico, estimando únicamente la experiencia o los Recursos Humanos que la entidad tiene en el centro o en la comunidad autónoma, y aun cuando la Ley 30/2015 en su artículo 15 identifica solvencia técnica con entidad, entendiendo entidad como Código de Identificación Fiscal (C.I.F.):

“Para la acreditación y/o inscripción de las entidades de formación en la especialidad o especialidades formativas de que se trate, aquellas deberán disponer de instalaciones y recursos humanos suficientes que garanticen su solvencia técnica para impartir la formación, tanto teórica como práctica, así como la calidad de la misma. 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.”

Ante esta situación también la SECUM y la CNMC se han pronunciado contundentemente:

“Resolución de 30 de mayo de 2016 de la Presidenta del Servicio Público de Empleo de Castilla y León, por la que se convocan subvenciones, para la realización de acciones de formación profesional para el empleo, en su modalidad de oferta, dirigidas prioritariamente a trabajadores desempleados, para los años 2016 y 2017 (código REAY ECL030)”

INFORME SECUM 26/1657

“Los criterios de valoración en las convocatorias de ayudas públicas vinculados, por ejemplo, a la permanencia de actividad económica en un determinado territorio no pueden considerarse “per se” directamente contrarios al artículo 3 y 18.2 de la LGUM, siempre que no impliquen discriminación por razón de residencia o domicilio social. No obstante, dichos criterios de valoración deben configurarse de forma necesaria y proporcionada conforme al artículo 5 de la LGUM.”

INFORME CNMC UM/080/16

“En este supuesto concreto, la exigencia a las entidades beneficiarias de disponer de centros inscritos dentro del territorio de la Comunidad Autónoma de Castilla y León, tal y como prevé el apartado quinto de la convocatoria para la realización de acciones de formación profesional para el empleo, en su modalidad de oferta, dirigidas prioritariamente a trabajadores desempleados, para los años 2016 y 2017, efectuada por Resolución de 30 de mayo de 2016, de la Presidenta del Servicio Público de Empleo de Castilla y León (BO Castilla y León nº107 de 6.6.2016), así como el establecimiento de criterios de valoración de los recursos humanos, la experiencia formativa y la experiencia de gestión en función de los “centros” y no en función de las “entidades” de formación de las letras d), e) y f) del sub apartado 1 del apartado séptimo, resultan contrarios a los principios de no discriminación y eficacia nacional de los artículos 18 y 20 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado.”

En relación a la “*unidad de mercado*” mención aparte merece el artículo 14 (Impartición de la formación) de la Ley 30/2015, artículo que **impide que los beneficiarios de subvenciones de formación profesional para el empleo subcontraten la impartición de las acciones formativas**, no considerando subcontratación la contratación de personas físicas:

“(...) estas entidades no podrán subcontratar con terceros la ejecución de la actividad formativa que les sea adjudicada. A estos efectos, la contratación del personal docente para la impartición de la formación no se considerará subcontratación.”

Este precepto se repite constantemente en las convocatorias autonómicas y estatales publicadas con posterioridad a la fecha de publicación de la citada Ley, aún a pesar de contravenir presuntamente, entre otras, la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006 relativa a los servicios en el mercado interior, donde se manifiesta que este tipo de requisitos constituyen obstáculos graves al establecimiento de los prestadores de servicios.

El propio Manual sobre la trasposición de la Directiva de servicios de la Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas (ISBN 978-92-79-05983-4) establece por ejemplo que *“los Estados miembros tendrán que identificar y evaluar los requisitos con arreglo a los cuales solo a los operadores económicos que adopten la forma de personas jurídicas se les permita emprender ciertas actividades en su territorio, excluyendo de este modo del mercado a las personas físicas (...). Del mismo modo, se incluyen en esta categoría los requisitos que impidan a los prestadores ofrecer sus servicios adoptando la forma de una determinada entidad jurídica o de una asociación y que en ocasiones se aplican a ciertas profesiones (...). Otros ejemplos de casos contemplados (...) son los requisitos que permiten el ejercicio de una determinada actividad únicamente a las sociedades unipersonales, o a las que son propiedad exclusivamente de personas físicas, así como los que excluyen el ejercicio de una actividad a ciertas categorías de empresas(...). Los requisitos relativos a la forma jurídica pueden sustituirse en muchos casos por medios menos restrictivos y, por tanto, no están justificados (...)”*

Asimismo, a nivel estatal, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, ante un supuesto similar, destaca la *“falta de proporcionalidad de la exigencia de que el titular (...) sea una persona física”*:

INFORME CNMC UM/061/14

“I. ANTECEDENTES Y OBJETO DEL INFORME

(...)Que, sobre esta base jurídica, por un lado, según la normativa aplicable al sector en la Comunidad Autónoma de Madrid [Real Decreto 74/2005, de 28 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Transporte Público Urbano en Automóviles de Turismo], para obtener licencias de auto-taxi se exigen requisitos que pueden constituir obstáculos o barreras al libre ejercicio de la actividad. En concreto, estos requisitos son (art. 10): i) la condición de persona física (apartado 1, letra a), ii) la domiciliación en el territorio de la Comunidad de Madrid (apartado 1, letra c); y iii) la limitación de 3 licencias por titular (apartado 3).”

“III. CONCLUSIÓN

(...) Esta Comisión coincide con los argumentos de la reclamante sobre la falta de proporcionalidad de la exigencia de que el titular de las licencias de taxi sea una persona física. Se considera que ello supone una evidente barrera de acceso a la actividad para los empresarios que decidan constituirse como personas jurídicas, sin que se expliciten los motivos de interés general que justificarían tal requisito, de manera que el mismo debería suprimirse.”

En definitiva, en relación a la “*unidad de mercado*”, las empresas del sector de la formación profesional para el empleo se encuentran con barreras a nivel autonómico (exigencia de inscripción/acreditación en el registro autonómico, disponibilidad de instalaciones en el territorio, implantación de sistemas de calidad autonómicos...), y con

una barrera a nivel estatal, cimentada en la normativa básica del sector, que perjudica a las personas jurídicas frente a las físicas.

CONCLUSIONES:

- **Incertidumbre jurídica:** el proceso de regulación del sector se ha paralizado y no se han acometido las reformas necesarias.
- **Contexto de demonización del sector** sustentado en casos aislados y mal explicados a la opinión pública.
- **Infracción del principio de libertad de empresa**, derecho constitucionalmente garantizado, vulnerando los principios de libertad de competencia y de unidad de mercado, y contraviniendo lo dispuesto en la normativa europea y estatal.

ACTUACIONES:

- Buscar vías de diálogo con los órganos reguladores.
- Consensuar, entre todos los agentes, un desarrollo normativo y corregir aquellos supuestos o criterios que podrían constituir problemas para las entidades en el futuro e incluso incurrir en "*fraude de Ley*".
- Incluir los informes técnicos necesarios que apoyen lo correcto de nuestro criterio, elaborados por entidades de reconocida solvencia.

Acometer las actuaciones necesarias para reconducir esta problemática permitiría recuperar la imagen de un sector que ha sido denostado más allá de lo tolerable.