

Observaciones al RD. 62/2022, de 25 de enero, de flexibilización de los requisitos exigibles para impartir ofertas de formación profesional conducentes a la obtención de certificados de profesionalidad...

Antecedentes:

Desde la publicación del real decreto 2/2020, de 12 de enero por el que se reestructuran los departamentos ministeriales, y se establece que corresponde al Ministerio de Educación y Formación Profesional, la propuesta y ejecución de la política del gobierno en materia educativa y de formación profesional del sistema educativo y para el empleo; todos los agentes económicos que operamos en el ámbito de la Formación Profesional para el Empleo, hemos podido asistir a una escalada de actuaciones a cada día más lesivas, contra nuestro sector.

En efecto, de una somera lectura de la LOFP se observa que esta no es precisamente una ley que promueva la integración y la igualdad entre los distintos agentes intervinientes en el mercado, sino que la clave es la desigualdad en el trato y la discriminación, entre los centros que hasta el momento han dependido de educación, y los centros de FPE, procedentes del ámbito laboral. Sin duda el aspecto más preocupante es la de constatar que de forma totalmente ilegítima y arbitraria, contraviniendo la LGUM – Ley de Unidad de Mercado y la Competencia- así como los principios constitucionales de libertad de empresa y libre competencia (art. 38 de la C.E.), el órgano regulador- Ministerio de Educación y Formación Profesional, se autoatribuye injustificadas ventajas, en detrimento de los centros de carácter privado y especialmente en perjuicio de los centros de formación profesional para el empleo.

Lamentablemente, cada día que pasa, confirmamos que las actuaciones de la Administración pública son cada vez más dañinas hacia los centros, por lo que muy a nuestro pesar, y si queremos que esta situación no se consolide ni se prolongue en el tiempo, es necesario acudir a los órganos jurisdiccionales, para que se pronuncien con respecto a la solicitud de la nulidad de pleno derecho de toda aquella normativa que contravenga los derechos de los operadores legalmente establecidos.

Son innumerables las actuaciones efectuadas por la Administración y autoridad competente orientadas a limitar el ejercicio de nuestra actividad, entre las que destacaremos:

1.- Mientras se acumulan en el SEPE más de 2.000 millones de euros de presupuesto, destinado a políticas activas de empleo, y datando la última de las convocatorias Estatales, dirigida a ocupados, a 2018; durante 2022 es muy posible que no pueda ejecutarse todavía ninguna convocatoria estatal de ocupados, hasta llegados 2023. O sea, en un periodo superior a los 5 años, los centros no han podido participar en proyectos de servicios de impartición de formación por ausencia de convocatorias.

2.- Las convocatorias específicas de Hostelería y Turismo y TIC convocadas en 2021 han sido manifiestamente irregulares. Se ha producido empate a 100 puntos entre numerosos centros, y en lugar de repartir los fondos entre dichos centros con máxima puntuación, se ha financiado, vulnerando en una nueva ocasión la LGUM, solamente a unos pocos, alterando con ello las condiciones de mercado y la libre competencia.

3.- Como hemos tenido ocasión de comentar, el proyecto de la LOFP y el RD. lejos de solventar ha agravado el problema. A mayor abundamiento, tenemos también en esta lista de agravios, el borrador de la orden de oferta formativa de fp empleo, donde de forma más abiertamente grosera y arbitraria, se establece una completa división entre los operadores públicos y privados. Mientras que los primeros reciben una financiación directa e inmediata del 100 %, los privados debemos someternos a la concurrencia competitiva que regula la ley general de subvenciones, que además de suponer financiar por largo tiempo, el 40 % del importe del proyecto por cuenta de la Administración, no considera lícito la obtención de un margen operativo razonable por el desarrollo de la actividad.

Sin duda no obstante, y si cabe con mayor gravedad, hemos de fijar la atención en las últimas licitaciones publicadas por la Fundae en la que intenta proveerse por una parte de una plataforma de teleformación especializada y por otra, de contenidos formativos multimedia especialmente elaborados para la teleformación. ¿Qué es lo que pretende la Fundae con estas licitaciones dotadas con más de ocho millones de euros como precio de salida, si no es la de concurrir directamente en el mercado de la impartición de servicios de formación? Queda totalmente claro, el sector público además de actuar como regulador, apuesta por actuar como operador económico de servicios de impartición de formación en el mercado, relegando a todo el sector privado a una absoluta irrelevancia, y a la asfixia financiera hasta la desaparición total de las empresas privadas. En definitiva, la propia Administración pública como operador interviniente en el mercado, abusa de una posición dominante por su condición de regulador, para eliminar la competencia privada del mercado.

Algunos de los compañeros que formamos parte de la asociación hemos intervenido en la impugnación de las recientes convocatorias de Hostelería y Turismo y de las TIC. La presidencia de la Comisión de la Unidad de Mercado y de la Competencia, encargada en primera instancia de aplicar e interpretar la LGUM, nos indica, entre otros:

1.- La impartición de servicios de formación que realizan los centros de FPE, constituye una actividad económica, sometida por tanto a los principios, derechos y obligaciones de la LGUM.

2.- Del mismo modo, también están sometidas a los principios de la LGUM toda la Administración pública, quien no podrá limitar o restringir el ejercicio de ninguna actividad económica de los operadores legalmente establecidos.

3. Solo en el caso de existir Razones imperiosas de interés general (RIIG), se puede limitar o restringir las actividades económicas, y la intervención ha de ser proporcionada a dicha necesidad, razones que evidentemente, no concurren en este caso.

4. No existe en nuestra Constitución (Art. 128.2). ninguna clase de reservas al sector público de recursos o servicios distintos a los esenciales que justifiquen la intervención pública en la actividad económica de productos y servicios, dirigida al mercado. STC 26/1981 de 17 de julio de 1.981.

El artículo 47.2. de la ley de procedimiento administrativo común 39/2015, de 1 de octubre, establece:

2. También serán nulas de pleno derecho las disposiciones administrativas que vulneren la Constitución, las leyes u otras disposiciones administrativas de rango superior, las que regulen materias reservadas a la Ley, y las que establezcan la retroactividad de disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales.

Nuestra pretensión por tanto sería la de presentar ante la Audiencia Nacional, un recurso contencioso- administrativo directo, para solicitar, antes de que transcurran 60 días de su publicación, la nulidad de pleno derecho del Real Decreto 62/2022, de 25 de enero de flexibilización. Al proceder en la realización de este primer paso, hemos de proseguir, para de forma sistemática, solicitar la nulidad de cualquier reglamento que conculque la LGUM o cualquier otra normativa por la que se nos perjudique en nuestros intereses.

Siendo en este caso la vulneración de la LGUM el aspecto más significativo para tomar como base en la solicitud de la nulidad de pleno derecho, existen otras cuestiones a considerar, que pueden determinar del mismo modo, el reconocimiento de la nulidad de pleno derecho del RD citado, que a continuación pasamos a comentar.

1. Quiebra del principio de confianza legítima:

Es un principio de seguridad jurídica según el cual la Administración pública no puede defraudar las expectativas que han creado sus normas y decisiones sustituyéndolas inesperadamente por otras de signo distinto.

El cambio de criterio es posible, pero ha de ser motivado y basado en razones objetivas. Sí, no obstante, este cambio produce lesiones a los intereses de los administrados, pueden dar lugar a la emergencia de un derecho a la indemnización - Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público. Art. 3.1.e)-.

La doctrina sobre la confianza legítima que tiene su origen en el derecho comunitario, responde a la idea de que la actuación de la Administración no puede ser alterada arbitrariamente y tiene importantes consecuencias en el ámbito de la responsabilidad patrimonial de la Administración.

Con la publicación de la Ley 30/2015 reguladora del Sistema de Formación Profesional para el Empleo, actualmente todavía vigente, se fomentó muy fuertemente la creación de una extensa red de Centros de formación de carácter privado, dedicados a la impartición de certificados de profesionalidad.

Observamos con estupefacción, que con la entrada en vigor del Real Decreto 2/2020, de 12 de enero, por el que se reestructuran los departamentos ministeriales, y se establece que corresponde al Ministerio de Educación y Formación Profesional la propuesta y ejecución de la política del Gobierno en materia educativa y de formación profesional del sistema educativo y para el empleo; se ha producido un cambio sorprendente e incoherente en los criterios sostenidos por el Ministerio de Educación. Así de animar e implicar a los Centros de Formación, dedicados a la formación en certificados de profesionalidad, por parte del anterior regulador, Ministerio de Trabajo – Sepe, hemos pasado a un estado en el que se nos ignora por completo como colectivo, se nos elimina cualquier financiación, y se aboca a nuestras empresas a la desaparición.

El principio de confianza legítima vincula a la Administración a desplegar su actividad con objetividad y con sujeción al ordenamiento jurídico, conducta que en nuestra opinión no se ha producido en este caso.

Conviene tener en cuenta que la confianza legítima requiere, en definitiva, de la concurrencia de tres requisitos esenciales:

1. Que se base en signos innegables y externos.
2. Que las esperanzas generadas en el administrado sean a su vez legítimas. (Aplicación de la ley 30/2015 de FPE por la que se acreditaron un gran número de Centros para la impartición de certificados de profesionalidad).
3. Y que la conducta final de la Administración resulte contradictoria con los actos anteriores, sea sorprendente e incoherente.

Exactamente lo que acontece en el caso examinado, a tenor de los hechos indicados.

2. Actuación arbitraria de la Administración/agravio comparativo/ infracción del principio de seguridad jurídica.

Si en esencia, y tal como señala el citado RD, los títulos de formación profesional y los certificados de profesionalidad constituyen la oferta de formación profesional y ambas enseñanzas están referidas al Catálogo de Cualificaciones Profesionales, por lo que proceden de un mismo tronco común, ¿Por qué se inflige esa diferencia de trato y agravio comparativo entre

los Centros de FP. del ámbito educativo y los Centros de FPE. que imparten certificados de profesionalidad? Si se pretende como se dice integrar definitivamente ambos subsistemas, en un sistema único de formación profesional, dependientes ambos del Ministerio de Educación, ¿Por qué se privilegia a los Centros de FP. del ámbito educativo, exonerándoles del cumplimiento de las obligaciones establecidas para la impartición de los certificados de profesionalidad?

Resulta evidente que la Administración pretende actuar de forma arbitraria por lo que atenta contra el principio de seguridad jurídica.

En efecto, si se rebajan las exigencias a cumplir por parte de los Centros de FP. del ámbito educativo, para que puedan impartir certificados de profesionalidad, **en correspondencia y reciprocidad**, y para que no se perpetre un agravio comparativo y trato diferencial; debe permitirse a los Centros de FPE, que puedan hacer también lo propio, es decir, se les debe autorizar, para que indistintamente, puedan impartir los ciclos formativos de FP. del ámbito educativo, los certificados de formación profesional, los certificados de competencia o los certificados parciales de competencia, todos ellos derivados de los títulos de formación profesional del ámbito educativo.

Si la Administración desvía su actuación del anterior proceder, está operando por establecer unos privilegios injustos a favor de los Centros de FP. del ámbito educativo, en detrimento de los Centros de FP. procedentes de Empleo, que se ven excluidos de poder impartir ciclos de FP. del ámbito Educativo

En definitiva, la seguridad jurídica, cómo repetidamente ha señalado el Tribunal Constitucional, es la suma de una serie de principios, entre los que destacan, la certeza y la legalidad, la jerarquía y la publicidad normativa, la irretroactividad de lo no favorable, así como la interdicción de la arbitrariedad, entre otros.

En cuanto a la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos que indica el artículo 9.3 de la Constitución, significa que las autoridades **no pueden tomar decisiones arbitrarias entendiéndose por tales, fundamentalmente, aquellas que supongan una infracción del principio de igualdad de trato de los administrados ante la aplicación de la ley y las reglas objetivamente determinadas.**

Los tribunales de justicia utilizan tal principio constitucional para impedir que los poderes públicos sostengan interpretaciones arbitrarias de las normas (sentencias del Tribunal Constitucional 219/1989 y 93/1992) o resoluciones abiertamente discriminatorias (por ejemplo, sentencia del Tribunal Supremo de 19 de junio de 2002).

3. Incorrecta interpretación del principio de eficiencia.

En el preámbulo del RD. De flexibilización, se indica:

*“ El presente real decreto se ajusta a los principios de buena regulación contenidos en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones públicas, entre ellos, los principios de necesidad, eficacia, proporcionalidad, **seguridad jurídica, transparencia y eficiencia, en tanto que persigue el interés general al facilitar la utilización de los recursos sostenidos con fondos públicos para la mejor adecuación de la oferta de formación profesional, avanzar en la integración de la misma y reforzar la cooperación entre las administraciones, así como con los agentes sociales y las empresas. No existiendo ninguna alternativa regulatoria menos restrictiva de derechos, resulta coherente con el ordenamiento jurídico y permite una gestión más eficiente de los recursos públicos**”*

El Diccionario de la Real Academia Española define la eficiencia como la “capacidad de disponer de alguien o de algo para conseguir un efecto determinado”. Sin perjuicio de la generalidad de la definición transcrita, el concepto de eficiencia suele identificarse con la optimización de los recursos económicos empleados para alcanzar un fin, por lo que tiene una especial trascendencia en el campo de la economía.

Aplicada a la ciencia de la Administración, la eficiencia se refiere a la relación existente entre los recursos empleados para alcanzar un fin deseable y los resultados obtenidos, de manera que el término se emplea para expresar que “entre varias alternativas que producen el mismo gasto, debe seleccionarse siempre la que lleva al mejor cumplimiento de los objetivos de la Administración, y entre varias alternativas que conducen al mismo cumplimiento, debe seleccionarse la que implica menor gasto” .

En el caso que nos ocupa la Administración sopesa incumplir de forma flagrante con este principio.

Cuando existen una infinidad de recursos disponibles para el desarrollo de una formación profesional de calidad, puestos a disposición por los más de 7.400 Centros de formación profesional para el empleo acreditados para la impartición de certificados en nuestro país, se ignora y excluye por completo tal posibilidad. De este modo e incorrectamente la Administración estima lograda la eficiencia y la supeditación al interés general, al anteponer y dar preferencia, al uso de los recursos sostenidos con fondos públicos, por encima de los recursos puestos a disposición por el sector privado. Recordemos que los Centros han tenido que sostener y movilizar importantes inversiones, para adecuarse a los elevados requerimientos fijados para la Administración, para ser Centros acreditados para impartir certificados de profesionalidad, y que dichos requisitos han sido muy superiores a los exigidos a los centros de FP. del ámbito educativo.

En efecto, ignorar o prescindir de los recursos de toda índole que aportan los Centros privados de FP. que imparten certificados de profesionalidad, resulta contrario al principio de eficiencia – dado que los Centros acreditados para impartir certificados de profesionalidad poseen una dilatada experiencia en la impartición de la formación, de la que carecen por completo tanto los centros públicos de FP. dependientes de educación, como también los centros de titularidad privada -; por lo que adicionalmente se atenta frontalmente contra el principio de libertad de empresa.

4. Incorrecto o ausente título competencial para la elaboración del RD. de flexibilización

La disposición final primera del RD.de flexibilización referido al título competencial para la elaboración del citado reglamento, establece:

Disposición final primera. Título competencial.

Este real decreto se dicta con carácter general en virtud de las competencias que se atribuyen al Estado en el artículo 149.1.7.ª y 30.ª, primer inciso, de la Constitución Española, que atribuyen al Estado las competencias sobre «legislación laboral, sin perjuicio de su ejecución por los órganos de las Comunidades Autónomas» y «regulación de las condiciones de obtención, expedición y homologación de títulos académicos y profesionales», respectivamente, salvo el artículo 5 que se dicta al amparo del artículo 149.1.30.ª y tiene carácter básico.

Es cierto tal como señala la anterior disposición que la Constitución Española atribuye al Estado las competencias sobre legislación laboral, pero en el presente caso en que la procedencia del citado RD proviene de la titular del Ministerio de Educación y formación profesional, el título competencial no se origina en las competencias de carácter laboral que pueda ostentar dicho Ministerio, sino como resulta obvio, se centra solamente en las competencias que exclusivamente en este ámbito le corresponden al citado Ministerio.

Hemos de considerar que, las competencias en materia de Educación y Formación Profesional han sido totalmente transferidas a las 17 comunidades autónomas, a través de las diversas leyes orgánicas que aprueban los distintos Estatutos de Autonomía, manteniendo el Ministerio de Educación su competencia plena tan solo en las dos ciudades autónomas de Ceuta y Melilla.

Recordemos que las Comunidades Autónomas tienen autonomía política y financiera. Esto supone la atribución de competencia para aprobar leyes en las materias en las que sus Estatutos así lo reconocen, así como realizar tareas ejecutivas que los mismos Estatutos les asignan. En definitiva, la potestad reglamentaria e inclusive la aprobación de leyes sobre educación y formación profesional, en su ámbito territorial, son competencias que legítimamente les corresponde.

Las Comunidades Autónomas tienen, según las materias, competencias legislativas y ejecutivas.

Obsérvese que en materia de Educación esta competencia es de nivel 2 para la Comunidad Autónoma, un rango de mayor nivel que el previsto para la materia de empleo y formación profesional para el empleo. En el nivel 2 además de la competencia ejecutiva plena, la Comunidad Autónoma dispone de competencia inclusive legislativa para dar desarrollo, en su ámbito territorial, a la legislación básica del Estado. Así por ejemplo la actual Ley Orgánica de Educación 3/2020 de 29 de Diciembre, establece:

«Artículo 6 bis. Distribución de competencias.

3. Corresponde a las comunidades autónomas el ejercicio de sus competencias estatutarias en materia de educación y el desarrollo de las disposiciones de la presente Ley Orgánica.

5. Actuación contraria al principio de libertad de empresa y libre competencia

La libertad de empresa permite iniciar y sostener en libertad una actividad empresarial en régimen de libre competencia entre empresas (economía de mercado). Por el contrario, la denominada economía dirigida o planificada no permite tal libertad, pues la actividad económica es gestionada íntegramente por el Estado.

Para garantizar la libertad de empresa, los poderes públicos tienen la obligación de defender el funcionamiento del mercado.

El artículo 9.2 CE señala a los poderes públicos la obligación de promover las condiciones favorables para que la libertad y la igualdad del individuo y los grupos en que se integra sean reales y efectivas, un aspecto donde las normas sobre la libre competencia son esenciales para la libertad de empresa, que puede verse reducida a la nada no solo por el sector público sino también por los grandes monopolios en manos privadas.

Hay que destacar, ante todo, que en España rigen simultáneamente dos regulaciones legales protectoras de la libre competencia: legislación nacional española y la normativa de la Unión Europea, que son también directamente aplicables en España, como en el resto de la Unión Europea.

Por una parte, la libre competencia como elemento esencial de la economía de mercado, se erige en principio constitucional básico. Ello hace que cualquier restricción al mismo deba hacerse necesariamente por medio de la ley formal y haya de estar debidamente justificado en función de la propia Constitución. Pero sobre todo, las limitaciones legales que se introduzcan solo podrán ser excepciones al principio general de economía de mercado, y como tales habrán de ser interpretadas restrictivamente. No podrán ser de tal amplitud que priven de vigencia al sistema de libre competencia como principio general del sistema económico.

La intervención pública en la economía puede producirse al amparo de lo dispuesto en el art. 128.2 CE, según el cual "se reconoce la iniciativa pública en la actividad económica". Pero esa

intervención ha de respetar el mantenimiento del sistema de economía de mercado, esto es, de libre competencia como principio general de la economía.

Este planteamiento, que limita las posibilidades de que las Administraciones públicas dicten normas o realicen actuaciones que restrinjan o excluyan la competencia, tiene, de hecho, extraordinaria importancia, por cuanto la experiencia demuestra que para el sistema competitivo las limitaciones resultantes de las actuaciones públicas son tan graves o más que las producidas por los empresarios.

Debe tenerse en cuenta que las Administraciones públicas también están sujetas a las normas de defensa de la competencia. En primer lugar, cabe recordar que en los artículos 9 y 103.1 de la Constitución se establece el sometimiento general de los poderes públicos al ordenamiento jurídico.

Dado que las normas de defensa de la competencia están integradas en el ordenamiento jurídico español a través de la LDC, el Reglamento de Defensa de la Competencia («RDC»), aprobado por el Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, y las diferentes normas de Derecho de la Unión, la actuación de todas las entidades y organismos que integran la Administración Pública deben, por tanto, respetar las prohibiciones que en ellas se contienen. Adicionalmente, el apartado 2 del artículo 4 de la LDC establece de manera expresa que las normas de defensa de la competencia se aplicarán a las situaciones de restricción de la competencia que sean causadas por la actuación de los poderes públicos o de las empresas públicas cuando no cuenten con amparo legal. Dicho sometimiento ha sido confirmado por el Tribunal Supremo, que ha afirmado que el ejercicio de funciones públicas no exime a las Administraciones públicas de la obligación de cumplir las normas establecidas en la LDC y demás regulación de defensa de la competencia. De acuerdo con lo anterior, y con las resoluciones recientes de la CNC, las conductas de las Administraciones públicas que resulten contrarias a las normas de defensa de la competencia podrán ser investigadas y, en su caso, sancionadas por la CNC.

La actuación administrativa, en la elaboración de normas o reglamentos, no puede introducir por tanto desigualdades en las condiciones de ejercicio de la actividad relacionada con la formación profesional, diferenciando el sector privado del público, priorizando este último sobre el primero, por resultar contrario al principio de libertad de empresa y demás principios constitucionales, y falsear con ello la libre competencia.

Lo expuesto en los párrafos anteriores es de aplicación a los actos adoptados por las Administraciones públicas tanto en el ejercicio de sus potestades administrativas como cuando actúan en igualdad de condiciones con el resto de operadores de mercado.