



Roj: **SAN 5311/2018** - ECLI: **ES:AN:2018:5311**

Id Cendoj: **28079230062018100559**

Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **28/12/2018**

Nº de Recurso: **18/2017**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Contencioso**

Ponente: **RAMON CASTILLO BADAL**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **AUDIENCIA NACIONAL**

**Sala de lo Contencioso-Administrativo**

### **SECCIÓN SEXTA**

**Núm. de Recurso:** 0000018 / 2017

**Tipo de Recurso:** PROC PARA LA GARANTIA DE LA UNIDAD DE MERCADO

**Núm. Registro General:** 04502/2017

**Demandante:** COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA (CNMC)

**Demandado:** CONSEJERIA DE ECONOMIA, EMPLEO Y HACIENDA DE LA CAM

**Abogado Del Estado**

**Ponente Ilmo. Sr.:** D. RAMÓN CASTILLO BADAL

### **SENTENCIA Nº:**

**Ilma. Sra. Presidente:**

D<sup>a</sup>. BERTA SANTILLAN PEDROSA

**Ilmos. Sres. Magistrados:**

D. SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO

D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

D. RAMÓN CASTILLO BADAL

D. RAFAEL MOLINA YESTE

**Madrid**, a veintiocho de diciembre de dos mil dieciocho.

VISTO el presente recurso contencioso-administrativo núm. 18/17 promovido por el Abogado del Estado, en representación de la **COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA (CNMC)** contra los apartados 4 y 8.3 de la Orden de 30 de diciembre de 2016, de la Consejería de Economía, Empleo y Hacienda de la Comunidad de **Madrid**, por la que se convocan subvenciones para la financiación de acciones de formación profesional para el empleo, con compromiso de contratación de trabajadores desempleados, a impartir por centros inscritos y/o acreditados de la Comunidad de **Madrid** para el año 2017.

Ha sido parte demandada la Comunidad Autónoma de **Madrid**.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO** .- El recurso contencioso-administrativo con el que se inició este procedimiento fue interpuesto por el Abogado del Estado en nombre y representación de la CNMC por el trámite previsto en los artículos 127 bis y siguientes de la LJCA .

**SEGUNDO** .- Emplazada dicha parte para que formalizase la demanda, y presentada ésta, interesaba en su suplico el Abogado del Estado:

*"...la nulidad de los apartados 4 y 8.3 de la Orden de 30 de diciembre de 2016, de la Consejería de Economía, Empleo y Hacienda de la Comunidad de **Madrid**, por la que se convocan subvenciones para la financiación de acciones de formación profesional para el empleo, con compromiso de contratación de trabajadores desempleados, a impartir por centros inscritos y/o acreditados de la Comunidad de **Madrid** para el año 2017, con expresa condena en costas de la demandada, ex art. 139 LJCA ."*

**TERCERO**.- Contestada la demanda por la representación procesal de la Comunidad Autónoma de **Madrid** y no habiéndose solicitado el recibimiento a prueba ni el trámite de conclusiones quedaron los autos conclusos para sentencia.

**CUARTO** .- Mediante providencia de 10 de mayo de 2018, se acordó esperar a la resolución por el Tribunal Constitucional de la cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sección en el recurso 156/2016 a los efectos de la determinación de la adecuación a la CE de la disposición contenida en el artículo 18.2 a) .1 de la Ley 20/2013, 9 de junio, de Garantía de Unidad de Mercado , en el inciso *"...o que disponga de un establecimiento físico dentro de su territorio "*, dada la conexión existente entre ambos recursos.

Una vez dictada sentencia por el Tribunal Constitucional, se señaló para votación y fallo de este recurso la audiencia del día 12 de diciembre de 2018, en que tuvo lugar.

Ha sido ponente el Ilmo. Sr. D. RAMÓN CASTILLO BADAL, quien expresa el parecer de la Sala.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO** .- Son antecedentes de interés para resolver el litigio, a la vista de los documentos aportados a los autos y de los que integran el expediente administrativo, los siguientes:

1.- Con fecha 24 de febrero de 2017, tuvo entrada en la Secretaría del Consejo para la Unidad de Mercado (SECUM) la reclamación formulada por la entidad ADQUIERO SERVICIOS INTEGRADOS, S.L prevista en el artículo 26 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado (LGUM), en relación con la Orden de 30 de diciembre de 2016, de la Consejera de Economía, Empleo y Hacienda de la Comunidad de **Madrid**, por la que se convocan subvenciones para la financiación de acciones de formación profesional para el empleo, con compromiso de contratación de trabajadores desempleados, a impartir por centros inscritos y/o acreditados de la Comunidad de **Madrid** para el año 2017.

Según dicha entidad, la Orden infringía la LGUM por los siguientes motivos:

La exigencia de acreditación y/o inscripción en el Registro autonómico contradice el principio de eficacia nacional.

La valoración en función del centro, y no de la entidad, es un requisito que no guardaría relación con la actividad subvencionable.

La valoración de las entidades que hayan participado en convocatorias anteriores supone, asimismo, una discriminación indirecta.

La tipología de contratos a emplear para contratar a los participantes supondría una incorrecta valoración de las entidades beneficiarias.

4.- Admitida a trámite la reclamación, el informe de la Secretaría del Consejo para la Unidad de Mercado (SCUM) de 17 de marzo de 2017, concluyó que:

*"La exigencia de que los centros y entidades de formación se hallen acreditados o inscritos en el Registro de Centros y Entidades de formación de la Comunidad de **Madrid** podría resultar contraria a los principios de no discriminación y eficacia nacional de los artículos 3 , 18 y 20 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre , de garantía de la unidad de mercado.*

*En la medida en que el criterio de participación en anteriores convocatorias de la Consejería de Economía, Empleo y Hacienda de la Comunidad de **Madrid** pudiese suponer una restricción o discriminación por razón de residencia o domicilio social, éste sería contrario a los principios de la LGUM.*

Por otro lado, si tales criterios de valoración incorporan requisitos de territorialidad, en la medida que estos no están vinculados con la capacidad de los centros solicitantes, no se ajustarían al criterio de necesidad y proporcionalidad establecido por la LGUM en su artículo 5".

5.- Con fecha 3 de marzo de 2017, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia emitió informe en el que concluye lo siguiente:

"1.- La exigencia a los solicitantes de un centro de formación en el territorio de la Comunidad de **Madrid** resulta contraria al principio de no discriminación al que se refieren los artículos 3 y 18 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado .

Dicha exigencia se produce de forma indirecta al conceder las subvenciones a los centros de formación y no a sus entidades titulares, al exigir la acreditación autonómica y al realizar las valoraciones en función de la experiencia de los centros, no de las propias entidades.

2.- El requisito de acreditación por parte de la administración autonómica convocante de las subvenciones resulta contrario 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 .

3.- En el caso de que la autoridad autonómica reclamada no suprimiera los requisitos anteriormente indicados, esta Comisión vendría legitimada para impugnar los preceptos anteriormente citados, de conformidad con lo previsto en el artículo 27 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado y las especialidades procesales previstas en los artículos 127 bis ter y quáter de la Ley 29/1998, de 13 de julio , reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa."

6.- La administración recurrida no resolvió de forma expresa la reclamación, por lo que se notificó a la reclamante la desestimación presunta el día 30 de marzo de 2017.

7.- Tras la finalización del procedimiento del artículo 26 LGUM, mediante escrito de fecha 5 de abril de 2017, ADQUIERO SERVICIOS INTEGRADOS, S.L presentó a la CNMC solicitud de interposición de recurso contencioso-administrativo del artículo 27 de la LGUM contra la convocatoria de subvenciones.

8.- El 28 de abril de 2017, la CNMC formula requerimiento previo a la interposición de recurso contencioso-administrativo contra los apartados 4 y 8.3 de la Orden de 30 de diciembre de 2016, de la Consejería de Economía, Empleo y Hacienda de la Comunidad de **Madrid**, requerimiento que es contestado por la Comunidad de **Madrid** el 7 de junio de 2017.

9.- La Comunidad Autónoma de **Madrid** respondió al requerimiento previo por medio de un escrito de 7 de junio de 2017 de la Directora General de Formación de la Consejería de Economía, Empleo y Hacienda en el que:

a) Se compromete a iniciar los trámites para modificar las disposiciones generales de la Orden de 17 de junio de 2016, que ampara las convocatorias de la Comunidad de **Madrid**, y que impone la exigencia de acreditación y registro en dicha Comunidad Autónoma para ser beneficiaria de ayudas para impartir formación profesional para el empleo.

b) En cuanto a la exigencia de que los solicitantes dispongan de un centro de formación en el territorio de la Comunidad de **Madrid**, queda pendiente de la resolución de la cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Audiencia Nacional sobre el artículo 18.2.a.1º) de la LGUM.

10.- Con fecha 12 de julio de 2017, el Consejo de la CNMC acordó interponer, en virtud de la legitimación activa que los artículos 27 de la LGUM y 127 bis de la LJCA reconocen a la CNMC, un recurso contencioso-administrativo contra la citada Orden, lo que se llevó a cabo el 28 de julio de 2017.

**SEGUNDO** .- En su escrito de demanda, el Abogado del Estado, explica las razones que impusieron la necesidad de incorporar a nuestro ordenamiento una regulación como la contenida en la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado, sobre su aplicación en el contexto de la Unión Europea siguiendo los principios fijados por la doctrina del Tribunal de Justicia y las directrices contenidas en las últimas Recomendaciones de la Comisión Europea de 2014 y 2015, y su necesaria incardinación dentro de la organización territorial del Estado.

Advierte que el Tribunal Constitucional se ha pronunciado por primera vez sobre la Ley 20/2013 en su Sentencia nº 79/2017, de 22 de junio de 2017 , en la que ha declarado la inconstitucionalidad del principio de eficacia nacional: artículos 19, 20, letras b), c) y e) del artículo 18 y la disposición adicional décima de la LGUM.

El Tribunal Constitucional declara la inconstitucionalidad del principio de "eficacia nacional", tal y como está regulado en los artículos 19, 20, letras b), c) y e) del artículo 18 y la disposición adicional décima de la LGUM, puesto que:



supone sustituir, como fundamento del ámbito espacial de la aplicación de las competencias autonómicas, el criterio territorial por el criterio de la procedencia u origen del operador económico. Ello incide directamente en el régimen constitucional de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, alterándolo sustancialmente.

En segundo lugar, declara inconstitucional la suspensión automática de actos o disposiciones de las Comunidades Autónomas recurridos vía artículo 27 LGUM : artículo 127.2 quáter de la LJCA porque esta forma de control resulta incompatible con el principio de autonomía y con la esfera competencial asociado a dicho principio, tal y como se indica en las Sentencias del TC 4/1981 de 2 de febrero , 6/1982 de 22 de febrero y 76/1983 de 5 de agosto .

Además, el TC ha confirmado los criterios de la sentencia citada en sus sentencias de fecha 5 de octubre de 2017 (recursos de inconstitucionalidad 1454/2014 y 1411/2014 ) y anula también el apartado c) del artículo 21.2 d) de la LGUM ( "*Las autoridades del lugar de fabricación serán las competentes para el control del cumplimiento de la normativa relacionada con la producción y los requisitos del producto para su uso y consumo* ") porque se basa en el principio de *eficacia nacional* tal y como estaba incorrectamente regulado en los artículos 6, 18 b), c) y e), 19 y 20 LGUM, preceptos anulados por la STC 79/2017 y porque atribuye de forma incondicionada a la autoridad de origen el control del cumplimiento de la normativa relacionada con los requisitos de fabricación, uso y consumo de un producto, y ello, aunque falte una regulación común europea o estatal y, aunque la Comunidad autónoma de destino haya optado por desarrollar -en ejercicio de sus competencias estatutarias- una nivel de protección propio y distinto del establecido por la normativa del lugar de fabricación.

En relación a los preceptos impugnados, el Abogado del Estado, destaca que los apartados 4 y 8.3 de la Orden de 30 de diciembre de 2016, de la Consejería de Economía, Empleo y Hacienda de la Comunidad de **Madrid**, por la que se convocan subvenciones para la financiación de acciones de formación profesional para el empleo, con compromiso de contratación de trabajadores desempleados, a impartir por centros inscritos y/o acreditados de la Comunidad de **Madrid** para el año 2017 imponen:

La condición para ser beneficiario de la subvención que las entidades y centros de formación se encuentren acreditados y/o inscritos en la Comunidad de **Madrid**.

- Como criterio de valoración de las solicitudes de subvención se incluye la experiencia de los centros de formación de cada entidad, no de las propias entidades solicitantes, en convocatorias anteriores.

Entiende por ello afectado el principio de no discriminación del art. 18.2.a.1 LCUM que dispone:

*2. 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.*

A su juicio, la afectación se produce porque al condicionar la obtención de una ventaja económica a contar con un establecimiento físico dentro del territorio, se está discriminando a los operadores que no lo tienen en el momento de convocar las subvenciones, pero que podrían tenerlo al desarrollar las actividades formativas. De esta manera, únicamente podrían establecerse requisitos vinculados a la instalación o infraestructura física propiamente (p.ej. para garantizar la protección del medio ambiente y el entorno urbano, la seguridad o salud públicas o bien el patrimonio histórico-artístico), pero no requisitos ligados a la actividad económica desarrollada en o a través de dicha instalación física.

Asimismo, el apartado 2.f) del artículo 18 LGUM incluye entre las actuaciones que limitan el libre establecimiento y la libre circulación por no cumplir los principios de la LGUM, los actos, disposiciones y medios de intervención de las autoridades competentes que contengan o apliquen:

*"f) Para la obtención de ventajas económicas, 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."*



Por otra parte, al otorgar la convocatoria la subvención a centros de formación y no a las entidades que son las titulares de estos se produce una doble vinculación territorial a través de la titularidad de un centro o establecimiento físico:

por un lado, con la exigencia de registro y/o acreditación autonómica y, por otro lado, por la concesión de la subvención a los "centros" y no a las entidades que son sus titulares.

Concluye el Abogado del Estado que no consta la modificación de la Orden en el sentido expuesto.

**TERCERO** .- El Letrado de la Comunidad de **Madrid** plantea la inadmisibilidad del recurso por su extemporaneidad porque el operador económico denunciante interesó con fecha 4 de abril de 2017, la interposición de recurso contencioso administrativo, y, de conformidad con el citado artículo 127.bis LJCA el plazo de dos meses vencería el 4 de junio de 2017 (prorrogable al ser domingo al 5 de junio de 2017), por lo que interpuesto el recurso el 28 de julio de 2017 y siendo improcedente el requerimiento formulado, el recurso sería extemporáneo, concurriendo la causa de inadmisibilidad del artículo 69.e) LJCA .

En cuanto a la cuestión de fondo entiende necesario esperar a que el Tribunal Constitucional resuelva la cuestión de inconstitucionalidad (6031/2016) planteada por la Sección Cuarta de la Sala y, por otro lado, aporta la documental acreditativa de la efectiva tramitación de la modificación normativa mencionada, consistente en la ficha sobre el proyecto de orden para establecer las disposiciones generales que regulan la concesión de subvenciones públicas de Formación Profesional para el empleo en el ámbito laboral en la Comunidad de **Madrid**.

**CUARTO** .- Debemos comenzar rechazando la causa de inadmisión que suscita la parte demandada porque el operador económico, ADQUIERO SERVICIOS INTEGRADOS, S.L el 24 de febrero de 2017, formuló reclamación contra la Orden de 30 de diciembre de 2016, de la Consejera de Economía, Empleo y Hacienda. Ello determinó la emisión de los informes correspondientes y el 5 de abril de 2017, Adquiere Servicios Integrados S.L., al amparo del art. 26.8 de la Ley 20/2013 , solicitó que, atendiendo al informe emitido por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el marco de la reclamación formulada en su día, valorase la procedencia de interponer un recurso contencioso- administrativo contra la Orden de 30 de diciembre de 2016, de la Consejería de Economía Empleo y Hacienda de la Comunidad de **Madrid**.

El 4 de mayo de 2017, la CNMC formula requerimiento previo a la interposición de recurso contencioso-administrativo contra los apartados 4 y 8.3 de la Orden de 30 de diciembre de 2016, de la Consejería de Economía, Empleo y Hacienda de la Comunidad de **Madrid**, requerimiento que es contestado por la Comunidad de **Madrid** el 7 de junio de 2017, interponiendo la CNMC el recurso contencioso el 28 de julio de 2017, dentro del plazo de los dos meses a contar desde la contestación al requerimiento, conforme al art. 46.6 LJCA .

Por otro lado, el requerimiento no era improcedente, como sostiene la Comunidad de **Madrid**, a la vista de la respuesta que ésta le dio, pues acepta el criterio de la CNMC respecto a la exigencia de que las entidades y centros de formación se encuentren acreditados y/o inscritos en la Comunidad de **Madrid** en el apartado cuarto de la Orden de 30 de diciembre de 2016, anunciando que va a iniciar los trámites oportunos para la modificación de las disposiciones generales establecidas mediante la Orden de 17 de junio de 2016, que ampara las convocatorias de estas ayudas, de acuerdo con el criterio expuesto por la Comisión en este aspecto.

El recurso contencioso, por lo tanto, se interpuso en plazo.

**QUINTO** .- Con carácter previo, es preciso destacar que el Tribunal Constitucional, en sentencia 121/2018, de 31 de octubre, ha desestimado la cuestión de inconstitucionalidad que había planteado esta Sección en el recurso 156/2016 respecto del 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 . Entendía la Sección que dicho precepto de la Ley que regula el Procedimiento para la Garantía de Unidad de Mercado, directamente aplicable también a éste caso, pudiera invadir la competencia autonómica de ejecución de la legislación estatal en materia laboral en relación con una orden de la Comunidad Autónoma de Aragón de convocatoria de subvenciones para la ejecución de planes de formación dirigidos prioritariamente a trabajadores ocupados del plan de formación de empleo de dicha Comunidad.

Resuelve el TC que " *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.*

*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."*

Afirmada la constitucionalidad del precepto, vamos a examinar el contenido concreto de las disposiciones objeto de impugnación en este proceso.

El apartado 4 de la Orden de 30 de diciembre de 2016, por la que se convocan subvenciones para la financiación de acciones de formación profesional para el empleo, con compromiso de contratación de trabajadores desempleados, a impartir por centros inscritos y/o acreditados de la Comunidad de **Madrid** para el año 2017, limita los potenciales beneficiarios en los siguientes términos:

*"Cuarto.- Beneficiarios*

*Lo podrán ser l os centros de formación, inscritos y/o acreditados en la Comunidad de **Madrid**, en la fecha de publicación de la convocatoria, para la impartición de acciones de formación profesional para el empleo, en la modalidad presencial, dirigidas a personas desempleadas, en alguna de las especialidades incluidas en el Fichero de Especialidades Formativas cuya gestión corresponde al Servicio Público de Empleo Estatal, activas para su impartición en la Comunidad de **Madrid**, que, expresamente asuman por sí mismas o con la colaboración de terceros el compromiso firme de contratación de las personas que finalicen la formación, en el porcentaje, la forma y condiciones determinadas en esta convocatoria.*

Esta exigencia está prevista en el artículo 5.1 de la Orden de 17 de junio de 2016, de la Consejera de Economía, Empleo y Hacienda por la que se establecen las disposiciones generales que regulan la concesión de subvenciones a los centros de formación inscritos y o acreditados de la Comunidad de **Madrid**, para financiar la impartición de acciones de formación profesional con compromiso de contratación de trabajadores desempleados, publicadas en el BOOM n° 163, de 11 de julio de 2016, cuyo tenor literal es el siguiente:

*"Podrán ser beneficiarios de las ayudas: Las entidades y centros de formación inscritos y/o acreditados en la Comunidad de **Madrid**, en la fecha de la publicación de la correspondiente convocatoria, para impartir formación profesional para el empleo en alguna de las especialidades incluidas en el Fichero de Especialidades Formativas cuya gestión corresponde al Servicio Público de Empleo Estatal, activas para su impartición en la Comunidad de **Madrid**, que, expresamente asuman por sí mismas o con la colaboración de terceros el compromiso de contratación de las personas que finalicen la formación, en el porcentaje, forma y condiciones que se establezca en la correspondiente convocatoria."*

La disposición transitoria primera de la Ley 30/2015, de 9 de septiembre , por la que se regula el Sistema de Formación Profesional para el Empleo en el Ambito Laboral establece que, en tanto no se desarrollen reglamentariamente las iniciativas de formación profesional para el empleo señaladas en el artículo 8, se mantendrán vigentes las previstas en el Real Decreto 395/2007, de 23 de marzo , por el que se regula el subsistema de formación profesional para el empleo, y en su normativa de desarrollo, salvo en lo relativo a las siguientes previsiones:

a ) El régimen de concurrencia competitiva abierta solo a entidades de formación acreditadas y/o inscritas en el correspondiente registro, en los supuestos en los que así está previsto conforme al artículo 6.5. Estas entidades, además de cumplir con las obligaciones establecidas en el artículo 16, no podrán subcontratar con terceros la ejecución de la actividad formativa que les sea adjudicada, no considerándose subcontratación, a estos efectos, la contratación del personal docente.

b) La financiación solo de acciones

Por otra parte, el apartado 8.3 se refiere a los criterios para la determinación de la puntuación de la siguiente manera:

**3. Criterios objetivos para la determinación de la puntuación:**

**Criterio 1.- Experiencia específica del centro de formación en la impartición de formación presencial en la especialidad solicitada, y en la impartición de especialidades incluidas en el área profesional en el que se incluye la especialidad objeto de valoración. Hasta un máximo de 10 puntos.**



La asignación de la puntuación máxima se distribuirá del siguiente modo: hasta un máximo de 6 puntos por la experiencia acreditada en la impartición de formación presencial en la especialidad concreta y un máximo de 4 puntos por la experiencia acreditada en la impartición de formación presencial en el área profesional en el que está incluida la especialidad objeto de valoración.

*Criterio 2.- Experiencia global del centro de formación en la impartición de formación profesional de cualquier área profesional, excluida la formación propia del sistema educativo, formación profesional de grado, Títulos Propios y aquella otra que ya hubiere sido valorada para determinar la experiencia específica del criterio 1. Hasta un máximo de 5 puntos. Serán reglas comunes para la valoración de los criterios 1 y 2 las siguientes:*

(...)

*Criterio 3. Evaluación específica, del centro de formación correspondiente a la especialidad o acción formativa objeto de valoración, obtenida por la impartición de acciones formativas de la misma, en el marco de las convocatorias de ayudas de los años 2013 y 2014, establecidas en la Orden 3306/2013, de 13 de junio, de la Consejera de Empleo, Turismo y Cultura, por la que se convocan subvenciones para la financiación de acciones de formación de oferta conducentes a la obtención de certificados de profesionalidad, dirigidas prioritariamente a trabajadores desempleados, en la Orden 16140/2014, de 3 de septiembre, por la que se convocan subvenciones para la financiación de acciones de formación de oferta conducentes a la obtención de certificados de profesionalidad, dirigidas prioritariamente a trabajadores desempleados en el marco del subsistema de formación para el empleo para el año 2014, y en la Orden 5875/2013, de 12 de septiembre, de la Consejera de Empleo, Turismo y Cultura, por la que se convocan para el año 2013 subvenciones para la financiación de las actuaciones incluidas en el programa específico para desempleados, de formación y prácticas profesionales asociadas para la inserción laboral, y se establece el procedimiento para su concesión. Hasta un máximo de 4 puntos.*

(...)

*Criterio 4.- Evaluación global del centro de formación obtenida por la impartición de todas las acciones formativas para el empleo, en el marco de la convocatoria de ayudas de los años 2013 y 2014, establecidas en la Orden 3306/2013, de 13 de junio, de la Consejera de Empleo, Turismo y Cultura, por la que se convocan subvenciones para la financiación de acciones de formación de oferta conducentes a la obtención de certificados de profesionalidad, dirigidas prioritariamente a trabajadores desempleados, en la Orden 16140/2014, de 3 de septiembre, por la que se convocan subvenciones para la financiación de acciones de formación de oferta conducentes a la obtención de certificados de profesionalidad, dirigidas prioritariamente a trabajadores desempleados en el marco del subsistema de formación para el empleo para el año 2014, y en la Orden 5875/2013, de 12 de septiembre, de la Consejera de Empleo, Turismo y Cultura, por la que se convocan para el año 2013 subvenciones para la financiación de las actuaciones incluidas en el programa específico para desempleados, de formación y prácticas profesionales asociadas para la inserción laboral, y se establece el procedimiento para su concesión. Hasta un máximo de 4 puntos.*

Debemos recordar que la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, en su art. 13 dice que " Podrán obtener la condición de beneficiario o entidad colaboradora las personas o entidades que se encuentren en la situación que fundamenta la concesión de la subvención o en las que concurren las circunstancias previstas en las bases reguladoras y en la convocatoria " y solo excluye de tal condición a las personas o entidades en las que concurra alguna de las circunstancias que menciona (condena penal o sanción administrativa, incumplimiento de obligaciones fiscales o con la Seguridad Social).

Pues bien, en virtud de los principios de necesidad y proporcionalidad, art 5 y no discriminación , art. 3 de la Ley 20/2013, de Garantía para la Unidad de Mercado , las restricciones o limitaciones establecidas en la Orden deben estar justificadas por una razón de interés general, basarse en una identificación clara de los fines perseguidos y ser el instrumento más adecuado para garantizar su consecución.

A su vez, el principio de proporcionalidad, implica que la iniciativa que se proponga deberá contener la regulación imprescindible para atender la necesidad a cubrir con la norma, tras constatar que no existen otras medidas menos restrictivas de derechos, o que impongan menos obligaciones a los destinatarios.

En el presente caso, la norma reglamentaria de convocatoria cuyos preceptos son impugnados imponen como condición para ser beneficiario de la subvención, primero, que las entidades y centros de formación se encuentren acreditados y/o inscritos en la Comunidad de **Madrid**.

En segundo lugar, como criterio de valoración de las solicitudes de subvención se incluye la experiencia de los centros de formación de cada entidad, no de las propias entidades solicitantes, en convocatorias anteriores.



De éste modo, los preceptos impugnados configuran unos requisitos discriminatorios 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.

Al condicionar la Orden de convocatoria la obtención de una ventaja económica a disponer de un establecimiento físico dentro del territorio, se discrimina a los operadores que no lo tienen en el momento de convocar las subvenciones, pero que podrían tenerlo al desarrollar las actividades formativas. 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.

Por otra parte, la convocatoria destina la subvención a las entidades de formación titulares de los centros de formación pero al limitar la condición de beneficiarios a los "centros de formación" se reduce la subvención a las entidades de formación con establecimiento en el territorio de la autoridad competente.

Se impone así una discriminación indirecta, porque la norma exige la necesidad de contar con un establecimiento físico en el territorio de la administración convocante.

Tal exigencia, vulnera el artículo 18.2.a de la LEGUM, 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. Además, la letra h) del apartado 2, considera contraria a la libre iniciativa económica imponer requisitos que contengan la obligación de haber realizado inversiones en el territorio de la autoridad competente pues a ello conduce la exigencia de contar con un centro de formación en el territorio de la Administración convocante de las ayudas.

La Comunidad de **Madrid** no invoca y, tampoco la aprecia la Sala, razón objetiva alguna, al margen de la meramente territorial, que justifique la diferencia de trato, la cual incide 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.

Por otra parte, los criterios para la determinación de la puntuación que se fijan en atención a la "Experiencia específica del centro de formación en la impartición de formación presencial en la especialidad solicitada" son también discriminatorios pues la formación presencial solo pueden prestarla, conforme al art. 5, los centros de formación acreditados o inscritos en la Comunidad de **Madrid** y lo propio sucede con los restantes criterios de valoración del apartado 8.3 pues en ellos se atiende exclusivamente al centro de formación que solo puede ser beneficiario si se ha acreditado o inscrito en la Comunidad de **Madrid**.

Por lo tanto, debemos concluir que los apartados 4 y 8.3 de la Orden impugnada vulneran el art. 18.2.a.1 de la Ley 20/2013, de Garantía de la Unidad de Mercado y así lo reconoce la Comunidad de **Madrid** en su escrito de contestación a la demanda si bien no ha llevado a cabo la modificación normativa que a ese efecto, anunciaba, por lo que debemos anularlos.

Procede, en consecuencia, la estimación del recurso y la anulación de los apartados 4 y 8.3 de la Orden de 30 de diciembre de 2016, aquí recurrida por ser en este concreto extremo contrarios a derecho.

**SEXTO.**- De conformidad con lo establecido en el artículo 139.1 de la Ley jurisdiccional, proceda hacer expresa imposición de las costas procesales a la Comunidad de **Madrid**, como Administración demandada y vencida en el recurso.

VISTOS los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación

## FALLAMOS

1.- Estimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Abogado del Estado en representación de la **COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA (CNMC)** contra los apartados 4 y 8.3 de





la Orden de 30 de diciembre de 2016, de la Consejería de Economía, Empleo y Hacienda de la Comunidad de **Madrid**, por la que se convocan subvenciones para la financiación de acciones de formación profesional para el empleo, con compromiso de contratación de trabajadores desempleados, a impartir por centros inscritos y/o acreditados de la Comunidad de **Madrid** para el año 2017, preceptos que anulamos por ser contrarios a Derecho.

2.- Con expresa imposición de costas a la Comunidad de **Madrid**.

La presente sentencia, que se notificará en la forma prevenida por el art. 248 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, es susceptible de recurso de casación, que habrá de prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el siguiente al de su notificación; en el escrito de preparación del recurso deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2 de la Ley de la Jurisdicción justificando el interés casacional objetivo que presenta.

Lo que pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACIÓN** .- Una vez firmada y publicada la anterior resolución entregada en esta Secretaría para su **no** tificación, a las partes, expidiéndose certificación literal de la misma para su unión a las actuaciones.

En **Madrid** a 10/01/2019 doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CEJUDOS