



Roj: **SAN 1911/2019** - ECLI: **ES:AN:2019:1911**

Id Cendoj: **28079230062019100176**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **10/05/2019**

Nº de Recurso: **2/2017**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Contencioso**

Ponente: **JOSE GUERRERO ZAPLANA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000002 / 2017

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

Núm. Registro General: 01044/2017

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

Demandado: SERVICIO CANARIO DE EMPLEO

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. JOSÉ GUERRERO ZAPLANA

SENTENCIA Nº:

Ilma. Sra. Presidente:

D^a. BERTA SANTILLAN PEDROSA

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

D. JOSÉ GUERRERO ZAPLANA

D. RAMÓN CASTILLO BADAL

Madrid, a diez de mayo de dos mil diecinueve.

VISTO por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, el recurso contencioso-administrativo **núm. 2/2017**, promovido por el **ABOGADO DEL ESTADO**, contra la Resolución de 18 de julio de 2016 procedente de la Presidenta del Servicio Canario de Empleo, por la que se aprueban las bases reguladoras y se convoca el procedimiento para la concesión de subvenciones destinadas a la financiación del Programa de Formación en Alternancia con el Empleo-Garantía Juvenil para el ejercicio 2016, en régimen de concurrencia competitiva.

Ha sido parte en autos la Administración de la Comunidad Autónoma de Canarias

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. - Interpuesto el recurso y seguidos los trámites prevenidos por la ley, se emplazó a la parte recurrente para que formalizase la demanda en la que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que entendió



oportunos solicitó a la Sala que se dicte sentencia anulando las disposiciones recurridas en el Fundamento Jurídico tercero de la demanda .

SEGUNDO. - Por parte de la Comunidad Autónoma de las Islas Canarias, se contestó a la demanda mediante escrito en el que suplica se dicte sentencia por la que se desestime el recurso contencioso administrativo interpuesto.

TERCERO. - No habiéndose solicitado trámite de vista o conclusiones se declararon concluidas las presentes actuaciones y quedaron pendientes para votación y fallo.

CUARTO. - Para votación y fallo del presente proceso se señaló el día 8 de Mayo, designándose ponente al Ilmo. Sr. Magistrado D. JOSÉ GUERRERO ZAPLANA.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - Los preceptos de la resolución impugnada respecto de los que se plantea la infracción de los valores que recoge la LGUM son los siguientes:

El artículo 7 de la Resolución impugnada cuando afirma, por lo que ahora interesa, en cuanto a los "Requisitos de los participantes y beneficiarios" que:

1. Podrán participar en la presente convocatoria las entidades de formación que estén inscritas y/o acreditadas en el registro de Entidades de Formación Profesional para el Empleo de Canarias en la especialidad o especialidades por las que concurren.

2. Podrán ser beneficiarias de las subvenciones objeto de esta convocatoria las entidades de formación que reúnan las siguientes condiciones:

a) Estar inscritas y/o acreditadas en el registro de Entidades de Formación Profesional para el Empleo de Canarias en la especialidad o especialidades por las que concurren.

b) Figurar en situación de alta de tercero en el Sistema Económico Financiero y Logístico de Canarias (SEFLogIC) ...

El artículo 14 se refiere a la baremación de indicadores e incluye aquellos que se refieren a la inserción y formación de alumnos vinculados en la CCAA Canaria, cuando en señala: "

A) La inserción de alumnos/as es el indicador relativo al valor promedio del número de jornadas que han estado en situación de alta en la seguridad social los alumnos finales en las programaciones de referencia, en relación al total de Jornadas incluidas en un periodo de seis meses posteriores a la finalización de las acciones formativas o, en su caso, de las prácticas en empresa cursadas de cada especialidad. " *Este cálculo de efectuará sobre las altas en el Régimen General de la Seguridad Social en Canarias*".

2) *Prácticas en empresas.*

Se considerará la relación de alumnos que han realizado prácticas no laborales en empresas en relación con el total de plazas de las acciones formativas realizadas en los años de referencia (2013 v 2014).

B) *Indicadores relativos a los resultados de la gestión y la evaluación del centro de formación.*

7) *Finalización de alumnos.*

Total de alumnos formados en relación al total de plazas de las acciones formativas realizadas en el conjunto de programaciones de referencia (2013 y 2014) .

En tercer lugar, el artículo 23 de la Resolución, que, en relación a la exención de prestar garantías para diversas entidades, menciona a determinadas entidades que hayan tenido vinculación con la Comunidad Canaria ("Centros Colaboradores del SCE") para lograr dicha exención.

SEGUNDO.- 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 26 de Agosto de 2016, 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 Resolución de 18 de Julio de 2016 de la Presidencia del Servicio Canario de Empleo por la que se aprueba la convocatoria para la concesión de subvenciones destinadas a la realización de acciones formativas dirigidas, prioritariamente, a trabajadores desempleados incluidos en la programación de 2016.



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 de la experiencia formativa en dicha Comunidad y el establecimiento de un régimen discriminatorio de exoneración de garantías también son contrarios a los principios de eficacia nacional y no discriminación de la GUM.

En dicho escrito *solicitaba que* "tramitando en consecuencia el procedimiento establecido en el artículo 26 de la Ley 20/2013 , se declare a la vista de que los requisitos exigidos en los apartados 1 y 2 del artículo 7, apartados 1 y 2 del artículo 14.A), apartados 7 y 8 del artículo 14.B) y apartado 2 del artículo 23 vulneran la libertad de establecimiento y de circulación de los operadores económicos".

2.- Admitida a trámite la reclamación, el informe de la Secretaría del Consejo para la Unidad de Mercado (SCUM) de 14 de Septiembre de 2016 concluyó que:

"El requisito de acreditación o inscripción en el Registro de Entidades de Formación Profesional para el Empleo de Canarias exigido a centros de formación, tanto para impartir formación profesional para el empleo como para participar en las convocatorias de subvenciones destinadas a la financiación de acciones formativas para el empleo, resulta contrario 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. Las acreditaciones o inscripciones en registros tienen validez nacional, por lo que no cabe solicitar un registro específico en un determinado ámbito territorial concreto para la obtención de ventajas económicas.

Los criterios de valoración en las convocatorias de ayudas públicas vinculados, por ejemplo, a la generación o 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.

La exención de la constitución de garantía a determinadas entidades de formación, no puede considerarse "per se" contraria a los artículo 3 y 18.2 de la LGUM, siempre que no implique discriminación por razón de residencia o domicilio social. No obstante, todo requisito debe configurarse de forma necesaria y proporcionada conforme al artículo 5 de la LGUM."

3.- 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. - Los requisitos exigidos a las entidades solicitantes de subvenciones de disponer de acreditación o registro y experiencia formativa en la Comunidad Canaria así como la exención de fianza a favor de los centros colaboradores del Servicio Canario de Empleo participantes en anteriores convocatorias de ayudas de dicho servicio, contenidos en los apartados 1 y 2 del artículo 7 de la convocatoria, apartados 1 y 2 del artículo 14.A, apartados 7 y 8 del artículo 14.B) y apartado 2 del artículo 23 de la Resolución de 18 de julio de 2016, de la Presidenta del Servicio Canario, de Empleo, por la que se aprueba la convocatoria para la concesión de subvenciones destinadas a la realización de acciones formativas dirigidas prioritariamente a trabajadores desempleados/as incluidas en la programación 2016 (BOC de 27.07.16) 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 , así como a la doctrina de 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 de la STS de 2 de junio de 2011 (RC 2577/2005).

2. - En el caso de que la autoridad autonómica reclamada no suprimiera los requisitos anteriormente Indicados, esta Comisión vendría legitimada para Impugnar los anteriormente citados preceptos de la Resolución de 18 de julio de 2016 de la Presidenta del Servicio Canario de Empleo, 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 .

4.- La administración recurrida contestó afirmando que "Se INFORMA DESFAVORABLEMENTE la RECLAMACIÓN presentada por la entidad "ADQUIERO SERVICIOS INTEGRADOS SL" titular del CIF B27726397, frente a la Resolución de 18 de julio de 2016, de la Presidenta, por la que se aprobó la convocatoria para la concesión de subvenciones destinadas a la realización de acciones formativas dirigidas prioritariamente a trabajadores desempleados/as incluidas en la programación 2016 (Extracto publicado en el 800 de

27/07/2016) AL AMPARO DEL ARTÍCULO 26 DE LA LEY 20/2013, DE 9 DE DICIEMBRE DE GARANTÍA DE LA UNIDAD DE MERCADO".

Igualmente, el Servicio Canario de Empleo informó que procedía:

"Primero.- DESESTIMAR la reclamación presentada por la entidad "ADQUIERO SERVICIOS INTEGRADOS SL" titular del GIF B27726397, frente al Resuelvo Séptimo, apartados 1 y 2A, de la Resolución de 18 de julio de 2016, de la Presidenta, por la que se aprobó la convocatoria para la concesión de subvenciones destinadas a la realización de acciones formativas dirigidas prioritariamente a trabajadores desempleados/as incluidas en la programación 2016 (Extracto publicado en el BOC de 27/07/2016) al amparo del artículo 26 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre de Garantía de la Unidad de Mercado (LGUM).

Segundo.- En consecuencia, DENEGAR LA LEGITIMACIÓN ACTIVA a la entidad "ADQUIERO SERVICIOS INTEGRADOS SL" para iniciar el procedimiento administrativo de impugnación de los Resueltos Decimocuarto y Vigésimotercero de la Resolución de 18 de julio de 2016, de la Presidenta, por la que se aprobó la convocatoria para la concesión de subvenciones destinadas a la realización de acciones formativas dirigidas prioritariamente a trabajadores desempleados/as incluidas en la programación 2016.

Tercero.- DECLARAR que carece de fundamento legal la reclamación formulada frente a los Resueltos Decimocuarto y Vigésimotercero de la Resolución de 18 de julio de 2016, de la Presidenta, por la que se aprobó la convocatoria para la concesión de subvenciones destinadas a la realización de acciones formativas"

5.- Tras la finalización del procedimiento del artículo 26 LGUM, 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.

6.- El día 18 de Noviembre de 2016, la CNMC formula requerimiento previo a la interposición de recurso contencioso-administrativo contra los apartados 1 y 2 del artículo 7, apartados 1 y 2 del artículo 14.A y apartados 7 y 8 del artículo 14.B) y el Inciso segundo del apartado 2 del artículo 23) de la Resolución de 18 de julio de 2016.

La CCAA de Canarias contestó que no procede interponer recurso contencioso administrativo contra los apartados 1 y 2 del artículo 7, apartados 1 y 2 del artículo 14.a y apartados 7 y 8 del artículo 14.b y el inciso segundo del apartado 2 del artículo 23 todos ellos de la Resolución de 18 de julio de 2016,

7.- Finalmente, 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 mediante el escrito que encabeza el presente recurso contencioso administrativo.

TERCERO .- En su escrito de demanda, el Abogado del Estado, explica las razones que impulsaron 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.

Se refiere a los principios de necesidad, proporcionalidad y no discriminación como informantes no solo del derecho de la UE sino de la LGUM.

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.



En relación a los preceptos concretamente impugnados en el presente recurso contencioso administrativo, el Abogado del Estado, destaca que la resolución que es objeto de impugnación impone, para ser beneficiario de la subvención, la condición de que las entidades y centros de formación se encuentren acreditados y/o inscritos en la Comunidad de Canarias y que figuren previamente inscritos.

Entiende por ello afectado el principio de no discriminación del art. **18.2.a.1 LGUM** 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."

También entiende que los criterios valorativos de los apartados 1 y 2 del artículo 14.A y 7 y 8 del artículo 14.B deben ser anulados pues se fijan parámetros de valoración de inserción y formación de alumnos directamente vinculados a la Comunidad Canaria como son el alta de antiguos alumnos en las oficinas de la Seguridad Social sitas en Canarias o el número de plazas formativas establecido en anteriores convocatorias de subvenciones publicadas por esa misma autonomía.

Entiende que se discrimina la experiencia adquirida por las entidades de formación en territorio canario en perjuicio de las entidades formativas de otras Comunidades Autónomas.

Por último, considera que se incumple el principio de no discriminación en relación a la falta de exigencia de garantías que establece el artículo 23 de la Resolución en sus apartados a), que se refiere a las entidades formativas pertenecientes a organizaciones empresariales ó sindicales y sus respectivas fundaciones; y apartado b), que se refiere a los centros colaboradores del Servicio Canario de Empleo. Entiende que solo esta última es contraria a los artículos 3 y 18 de la LGUM puesto que en las anteriores convocatorias se exigía la inscripción de la entidad ó del centro en la CC . AA de Canarias por lo que los anteriores participantes tenían más fácil obtener la exención de prestar garantía.

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

CUARTO . - El Letrado de la Comunidad de Canarias plantea la inadmisibilidad del recurso por su extemporaneidad por haberse incumplido el plazo de dos meses para la interposición del recurso contencioso administrativo en aplicación de lo que señala el artículo 46.6 de la LRJCA .

Entiende, en relación a la impugnación planteada respecto del artículo 7 de la Resolución, que solo y exclusivamente cuando ha sido practicada la acreditación y/o inscripción por el órgano competente, será cuando ya sí puede predicarse la validez y eficacia en todo el territorio nacional de dicha acreditación y/o inscripción. Que en la resolución no se exige que las entidades subvencionadas sean titulares de los locales donde se presta la formación pero que sí se debe exigir que dispongan de un local en el territorio de la CC.AA. y que la inscripción en el Registro de Centros es solo de carácter declarativo y es solo un registro de instalaciones.



En relación al segundo precepto impugnado, la contestación a la demanda entiende que cabe atribuir una mayor puntuación en la baremación de solicitudes a las entidades que en los últimos años hayan (en la Comunidad Autónoma de Canarias) impulsado una mayor inserción de los alumnos/as en el mercado laboral, a las entidades que hayan propiciado la realización de prácticas en empresas por los alumnos/as de las acciones formativas subvencionadas; y a aquellas entidades que hayan impartido una formación completa a un mayor número de alumnos/as, o que hayan sido evaluadas satisfactoriamente en las encuestas de calidad.

En relación al artículo 23, respecto de la exención de garantías, entiende que dicha posibilidad es conforme con lo que establece el Reglamento de la Ley General de Subvenciones y entiende que los supuestos de exención de la exigencia de garantías no es sino una forma de valorar los indicios de la buena gestión en el desarrollo de la actividad formativa.

QUINTO .- Debemos comenzar rechazando la causa de inadmisión que suscita la parte demandada sobre la base de la supuesta aplicación del artículo 46.6 de la Ley 29/98 que establece que el plazo de dos meses para la interposición del recurso contencioso debe computarse, en el caso de recursos entre Administraciones, desde el día siguiente a que se reciba la comunicación del acuerdo expreso ó que se entienda presuntamente rechazado.

En este caso, y como reconoce la propia Administración de la CCAA de Canarias en su escrito de contestación, fue el día 19 de Diciembre de 2016 cuando se comunicó a la CNMC la contestación de la Presidenta del SCE al requerimiento previo y basta examinar el presente recurso para apreciar que el escrito de interposición lleva fecha 16 de Febrero de 2017 y se presentó al día siguiente por lo que estaba dentro del plazo señalado de dos meses.

La propia parte demandada reconoce que solo debería inadmitirse si se hubiera interpuesto con posterioridad al 19 de Febrero de 2017, cosa que no ha sucedido en este caso, y, el recurso contencioso, por lo tanto, se interpuso en plazo.

SEXTO .- De acuerdo con el Preámbulo de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado, *"esta ley busca establecer los principios y normas básicas que, con pleno respeto a las competencias de las Comunidades Autónomas y de las Entidades Locales, garanticen la unidad de mercado"*. Ley que se dictó con una doble finalidad: por un lado, establecer los principios y normas básicas que garanticen la unidad de mercado en aras de la efectiva unicidad del orden económico nacional y, por otro, promover un funcionamiento más libre de este mercado mediante la eliminación de los obstáculos y trabas derivados del crecimiento de la regulación. Con ese fin introdujo una serie de medidas de armonización normativa y de supresión de barreras administrativas inspirados en los procedimientos que se aplican en la Unión Europea para garantizar el mercado único.

El Tribunal Constitucional en la sentencia nº 79/2017, de 22 de junio, dictada en el recurso de inconstitucional nº 1397/2014 interpuesto por el Parlamento de Cataluña frente algunos preceptos de la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado, afirma que *"... la ley aquí impugnada proclama el principio general de libertad de acceso y ejercicio de la actividad económica en todo el territorio nacional y condiciona la capacidad de intervención pública en aquella"*.

Además, existen unos principios básicos de la regulación recogida en la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado que deben ser tenidos en cuenta por todas las autoridades administrativas en el ejercicio de sus competencias y así el artículo 9 de la citada Ley 20/2013, de 9 de diciembre dispone que: *"Todas las autoridades competentes velaran, en las actuaciones administrativas, disposiciones y medios de intervención adoptados en su ámbito de actuación, por la observancia de los principios de no discriminación, cooperación y confianza mutua, necesidad y proporcionalidad de sus actuaciones, eficacia en todo el territorio nacional de las mismas, simplificación de las cargas y transparencia"*. Y de forma concreta se garantizará, entre otros supuestos, en relación con las autorizaciones, así como con los requisitos exigidos para su otorgamiento respecto del ejercicio de las actividades económicas - art. 9.2.b) de la Ley 20/2013 -.

Sobre la base de la constitucionalidad de los preceptos de la LGUM en el que se basa la impugnación planteada, procede examinar el contenido concreto de las disposiciones objeto de impugnación en este proceso.

En relación a la impugnación del artículo 7 de la Resolución impugnada, es necesario partir de lo que señala el artículo 15 de la Ley 30/2015 por la que se regula el sistema de Formación Profesional para el empleo en el ámbito laboral y del que resulta que las entidades formativas inscritas en una comunidad autónoma distinta de la canaria también deberían poder operar en dicha Comunidad sin que se establezcan restricciones o limitaciones.



- Artículo 15.2: 2. La competencia para efectuar la citada acreditación y/o inscripción corresponderá al órgano competente de la comunidad autónoma en la que radiquen las instalaciones y los recursos formativos de la entidad de formación interesada.

o Cuando la acreditación e inscripción esté referida a las entidades de formación para la modalidad de teleformación, la competencia corresponderá al órgano competente de la comunidad autónoma en la que estén ubicados los centros en los que se desarrollen las sesiones de formación presencial y/o pruebas de evaluación final presenciales y al Servicio Público de Empleo Estatal cuando dichos centros presenciales estén ubicados en más de una comunidad autónoma.

o Igualmente, corresponderá al Servicio Público de Empleo Estatal la acreditación e inscripción de los centros móviles cuando su actuación formativa se desarrolle en más de una comunidad autónoma. Asimismo, podrán solicitar su acreditación e inscripción al citado organismo las entidades de formación que dispongan de instalaciones y recursos formativos permanentes en más de una comunidad autónoma.

- Artículo 15.4: En todo caso, 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.

Esta Sala, en la sentencia dictada en el recurso 18/2007 ha estimado una pretensión semejante a la ahora recurrida pero dictada por la CCAA de Madrid y en el recurso 1632/2016 en relación a una disposición procedente de Castilla La Mancha.

Procede remitirnos a lo dicho en la primera sentencia que, aunque referida a una disposición emanada de otra Comunidad Autónoma, sin embargo, recogía idéntico precepto al recogido en la resolución impugnada en su artículo Séptimo:

<<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 Ámbito 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 formativas realizadas a partir de su concesión o adjudicación.

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 concorra 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 este 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.>>

El mismo razonamiento, con la correspondiente adaptación de los números de los preceptos de la resolución recurrida, debe aplicarse en el caso presente en el que el artículo 7.2.A) de la resolución impugnada exige la inscripción previa de las empresas beneficiarias en la Comunidad Autónoma Canaria para poder ser adjudicatarias de las subvenciones.

No es, como pretende la Comunidad Autónoma Canaria, que se exija tener centro abierto en el territorio de la Comunidad, sino que la simple lectura de los apartados a) y b) del artículo 7 de la Resolución exigen la inscripción en el Registro de Entidades de Formación Profesional para el empleo de Canarias y el alta en el Sistema Económico Financiero y Logístico de Canarias (SEFLogIC)

SÉPTIMO.- En segundo lugar se plantea si la aplicación de los criterios valorativos de los apartados 1 y 2 del artículo 14.A y 7 y 8 del artículo 14.B fijan parámetros de valoración de inserción y formación de los alumnos directamente vinculados a la Comunidad Canaria, como el alta de antiguos alumnos en las oficinas de seguridad social sitas en Canarias o el número de plazas formativas establecido en anteriores convocatorias de subvenciones publicadas por dicha autonomía.

Esta exigencia, debe considerarse contraria a lo que señala la LGUM en su artículo 18.2.A, apartados 1 y 2 cuando afirma que

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.*

El artículo 18.2.a) 2º se prohíbe exigir que: *el operador haya residido u operado durante un determinado periodo de tiempo en dicho territorio.*

Debe compartirse el criterio del Informe de la CNMC cuando afirma que: "En ningún caso, no obstante, podrá exigirse a las empresas beneficiarias que acrediten tener una vinculación con la comunidad convocante anterior a la solicitud de subvención, tal y como se desprende de la prohibición expresa contenida en el artículo 18.2.a) 2º LGUM. (...)



"Esta interpretación, incluida también en los Informes anteriores de esta Comisión UM/057/15 y UM/072/15, coincide con los fines y principios de las subvenciones para la formación laboral reguladas en Ley 30/2015 que, como se ha dicho antes en este Informe, no se fundamentan en los derechos de las empresas que imparten la formación sino que persiguen hacer efectivo "el ejercicio del derecho individual a la formación y la garantía de igualdad en el acceso de los trabajadores, las empresas y los autónomos a una formación vinculada a las necesidades del mercado de trabajo".

Efectivamente, en este caso concreto, en los criterios valorativos de los apartados 1 y 2 del artículo 14A y 7 y 8 del artículo 14B se fijan parámetros de valoración de inserción y formación de los alumnos directamente vinculados a la Comunidad Canaria, como el alta de antiguos alumnos en las oficinas de seguridad social sitas en Canarias o el número de plazas formativas establecido en anteriores convocatorias de subvenciones publicadas por dicha autonomía.

Por tanto, la convocatoria objeto de reclamación únicamente está considerando la experiencia adquirida por las entidades de formación en territorio canario, discriminando a las entidades formativas de otras Comunidades Autónomas sin instalaciones o sin actividad previa o centros de formación en el archipiélago canario, puesto que únicamente las entidades inscritas o con actividad previa en dicha Comunidad podrán acreditar la experiencia requerida en la convocatoria y ofrecer los resultados que se exigen para una valoración más beneficiosa de su oferta.

Sin embargo, lo procedente, de acuerdo con el principio de no discriminación de la LGUM, hubiera sido exigir experiencia-formativa, sin distinción del lugar (Comunidad Autónoma) en el que dicha experiencia fue adquirida por la entidad de formación solicitante de la subvención convocada. En otras palabras, podría exigirse a los solicitantes de la subvención la acreditación de determinados niveles de inserción y formación de alumnos, pero no asociados al territorio autonómico concreto y a anteriores convocatorias de ayudas del Servicio Canario de Empleo.

Por tanto, de lo anterior puede concluirse que la exigencia de experiencia previa en Canarias con relación a anteriores convocatorias de ayudas de dicha Comunidad (apartados 1 y 2 del artículo 14.A y apartados 7 y 8 del artículo 14.B) resulta contraria al principio de no discriminación del apartado 18 LGUM y tal cosa obliga a su anulación.

OCTAVO. - Por último, se plantea si tiene el carácter de discriminatoria la exención de la obligación de prestar garantías del artículo 23 de la Resolución impugnada que vincula dicha exención en relación a entidades, a las que se exige que hayan tenido vinculación con la Comunidad Canaria ("Centros Colaboradores del SCE")

Esta disposición no puede decirse que sea claramente contraria a lo previsto en el artículo 18 de la LGUM. Efectivamente, dicho precepto establece, por lo que ahora interesa que:

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: (...)

2.º que el operador haya residido u operado durante un determinado periodo de tiempo en dicho territorio.

3.º que el operador haya estado inscrito en registros de dicho territorio .

Hay que partir de que con la exención de garantías a que se refiere el artículo 23 de la Resolución impugnada no se está impidiendo la concurrencia de empresas ó entidades de fuera de la Comunidad Autónoma, solo se ofrecen determinadas ventajas a aquellas que acrediten una vinculación previa con la Comunidad Autónoma convocante.

El razonamiento empleado por la Administración demandada de que con ello lo que se pretende es comprobar que esas empresas ó entidades hayan justificado y cumplido sus obligaciones tributarias y de Seguridad Social, podría admitirse siempre que no se utilizara este mecanismo para, de facto, excluir a quien no acredite dicha vinculación previa a la Comunidad Autónoma Canaria de la participación en la convocatoria. No se olvide que dicha comprobación también podría hacerse de otro modo ó hacerlo respecto de aquellas que hayan podido efectuar dicha justificación también frente a otras Comunidades Autónomas.

Debe tomarse en consideración que la posibilidad de no exigir garantía se contempla en Reglamento que desarrolla la Ley 38/2003 General de Subvenciones (RD 887/2006) en su artículo 42.1 : En procedimientos en los que concurren varios solicitantes, las bases reguladoras podrán prever que determinados beneficiarios



no constituyan garantías cuando, la naturaleza de las actuaciones financiadas o las especiales características del beneficiario así lo justifiquen, siempre que quede suficientemente asegurado el cumplimiento de las obligaciones impuestas a los mismos.

2. Quedan exonerados de la constitución de garantía, salvo previsión expresa en contrario en las bases reguladoras:

a) Las Administraciones Públicas, sus organismos vinculados o dependientes y las sociedades mercantiles estatales y las fundaciones del sector público estatal, así como análogas entidades de las Comunidades Autónomas y de las Entidades Locales.

b) Los beneficiarios de subvenciones concedidas por importe inferior a 3.000 euros, salvo en los supuestos establecidos en el apartado 3 de este artículo.

c) Las entidades que por Ley estén exentas de la presentación de cauciones, fianzas o depósitos ante las Administraciones Públicas o sus organismos y entidades vinculadas o dependientes.

d) Las entidades no lucrativas, así como las federaciones, confederaciones o agrupaciones de las mismas, que desarrollen proyectos o programas de acción social y cooperación internacional.

Por lo tanto, a juicio de esta Sala, y como la exención no se vincula directamente a un territorio y no excluye ni impide la participación de empresas situadas fuera de la Comunidad Autónoma convocante, no debe considerarse contraria a la LGUM sin perjuicio de que debe interpretarse de modo que no impida la participación de estas otras empresas.

Excluir la participación de terceras empresas, a juicio de esta Sala, infringiría lo que señala el artículo 5 de la LGUM cuando afirma que: "1. Las autoridades competentes que en el ejercicio de sus respectivas competencias establezcan límites al acceso a una actividad económica o su ejercicio de conformidad con lo previsto en el artículo 17 de esta Ley o exijan el cumplimiento de requisitos para el desarrollo de una actividad, motivarán su necesidad en la salvaguarda de alguna razón imperiosa de interés general de entre las comprendidas en el artículo 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.

2. Cualquier límite o requisito establecido conforme al apartado anterior, deberá ser proporcionado a la razón imperiosa de interés general invocada, y habrá de ser tal que no exista otro medio menos restrictivo o distorsionador para la actividad económica".

En el caso presente, la diferenciación que se practique entre aquellas empresas a las que se reconoce la exención y aquellas otras a las que no se les reconozca la misma, no podrá basarse en la simple inscripción previa en un registro de la Comunidad Autónoma convocante.

NOVENO.- De conformidad con lo establecido en el artículo 139.1 de la Ley jurisdiccional, no procede efectuar expresa imposición de costas a ninguna de las partes.

VISTOS los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación

FALLAMOS

Estimar solo en parte el presente recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Abogado del Estado en representación de la **COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA (CNMC)** contra la Resolución de 18 de julio de 2016 procedente de la Presidenta del Servicio Canario de Empleo, por la que se aprueban las bases reguladoras y se convoca el procedimiento para la concesión de subvenciones destinadas a la financiación del Programa de Formación en Alternancia con el Empleo- Garantía Juvenil para el ejercicio 2016, en régimen de concurrencia competitiva y, en consecuencia, procede declarar la nulidad de las exigencias de disponer de acreditación o inscripción autonómicas de centros y entidades (apartados 1 y 2 del artículo 7 de la convocatoria), la sola valoración de la experiencia formativa realizada en Canarias (apartados 1 y 2 del artículo 14.A y apartados 7 y 8 del artículo 14.B). No procede anular por contrario a la LGUM la exigencia del establecimiento de un régimen discriminatorio de exoneración de garantías (inciso segundo del apartado 2 del artículo 23) siempre que se interprete en la forma dicha en el Fundamento Jurídico Octavo de esta resolución. Todo ello sin expresa imposición de costas a ninguna de las partes que han intervenido en el presente recurso como parte demandada.

La presente sentencia es susceptible de recurso de casación que deberá 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.



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 22/05/2019 doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ