



Roj: **SAN 3990/2019** - ECLI: **ES:AN:2019:3990**

Id Cendoj: **28079230062019100361**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **29/10/2019**

Nº de Recurso: **7/2017**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **BERTA MARIA SANTILLAN PEDROSA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000007 /2017

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 01133/2017

Demandante: Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia

Demandado: PRINCIPADO DE ASTURIAS

Abogado Del Estado

Ponente Ilma. Sra.: D^a. BERTA SANTILLAN PEDROSA

SENTENCIA N^o:

Ilma. Sra. Presidente:

D^a. BERTA SANTILLAN PEDROSA

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. SANTOS GANDARILLAS MARTOS

D. MARIA JESUS VEGAS TORRES

D. RAMÓN CASTILLO BADAL

Madrid, a veintinueve de octubre 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. 7/2017, promovido por los tramites del proceso especial para la garantía de la unidad de mercado e interpuesto por el Abogado del Estado en defensa y en representación de la **Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia** contra la Resolución de 19 de octubre de 2016 por la que el Servicio de Empleo del Principado de Asturias resuelve la reclamación del artículo 26 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado y contra los artículos 6 y 11 de la Resolución de 11 de agosto de 2016, del Servicio Publico del Empleo de Principado de Asturias, por la que se convocan subvenciones públicas para 2016-2017, con destino a la financiación de acciones de formación para el empleo dirigidas prioritariamente a trabajadores desempleados (BO Principado de Asturias nº 203, de 31 de agosto de 2016). Ha comparecido como Administración demandada el Principado de Asturias asistida y representada por el Letrado de sus Servicios Jurídicos.



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. - Interpuesto el recurso y seguidos los oportunos trámites prevenidos por la Ley de la Jurisdicción, se emplazó a la parte demandante para que formalizase la demanda lo que verificó mediante escrito en el que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimaba de aplicación, terminaba suplicando se dicte sentencia por la que:

"estimando el mismo, anulando las resoluciones recurridas fijadas en el Fundamento de Derecho Tercero, con expresa imposición de costas a la parte demandada".

SEGUNDO. - El Letrado del Principado de Asturias contestó a la demanda mediante escrito en el que suplica se dicte sentencia que confirme el acto recurrido en todos sus extremos.

TERCERO. - Posteriormente quedaron las actuaciones pendientes de votación y fallo señalándose para ello el día 23 de octubre de 2019.

Ha sido ponente la Ilma. Sra. Magistrada Dña. BERTA SANTILLAN PEDROSA, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - En el presente recurso contencioso administrativo el Abogado del Estado, en defensa y en representación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, ha interpuesto recurso contencioso administrativo al amparo del procedimiento especial para la garantía de la unidad de mercado contra:

a) la Resolución de 19 de octubre de 2016 por la que el Servicio de Empleo del Principado de Asturias resuelve la reclamación del artículo 26 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado. Resolución que estima parcialmente la reclamación efectuada en el marco del artículo 26 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre y, en consecuencia, ordena iniciar los trámites para la modificación parcial del artículo 6, apartado primero, de la Resolución de 11 de agosto de 2016, del Servicio Público de Empleo del Principado de Asturias, por la que se convocan subvenciones públicas para 2016-2017, con destino a la financiación de acciones de formación para el empleo dirigidas prioritariamente a trabajadores desempleados (BO Principado de Asturias nº 203, de 31.08.16). Modificación que afecta exclusivamente a su apartado primero en cuanto acuerda iniciar los trámites para modificar la convocatoria permitiendo que las entidades beneficiarias puedan estar inscritas en cualquier registro autonómico.

b) El artículo 6, apartado segundo, y el artículo 11 de la Resolución de 11 de agosto de 2016, del Servicio Público de Empleo del Principado de Asturias, por la que se convocan subvenciones públicas para 2016-2017, con destino a la financiación de acciones de formación para el empleo dirigidas prioritariamente a trabajadores desempleados.

SEGUNDO. - El Abogado del Estado, en defensa de la CNMC, solicita en su escrito de demanda la nulidad de los preceptos impugnados.

Tras una prolija exposición acerca de 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 (LGUM), 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 2015 y 2016, y su necesaria incardinación dentro de la organización territorial del Estado, así como sobre los pronunciamientos del Tribunal Constitucional en relación a distintos preceptos de la LGUM, se detiene la demanda de la CNMC en la delimitación del concreto objeto de impugnación en este proceso, que identifica con los artículos 6, apartado segundo, y 11 de la Resolución de 11 de agosto de 2016 del Servicio Público de Empleo del Principado de Asturias, por la que se convocan subvenciones públicas para 2016-2017, con destino a la financiación de acciones de formación para el empleo dirigidas prioritariamente a trabajadores desempleados.

Destaca que el sistema de formación profesional para el empleo está regulado en la actualidad en 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.

E insiste en la idea de que tanto el Texto Refundido de la Ley de Empleo como la Ley 30/2015 se refieren al principio de concurrencia competitiva abierta a todos los proveedores de formación, públicos y privados, acreditados y/o inscritos conforme a la normativa vigente.

Este principio de concurrencia se establece como rasgo básico transversal a la gestión de la financiación por parte de todas las Administraciones competentes en materia de formación profesional.



Y el Abogado del Estado concluye que, de acuerdo con el artículo 15.4 de la Ley 30/2015, una vez inscrita una entidad formativa en cualquiera de los registros autonómicos existentes en España (inscripción en Comunidad de origen), no resulta exigible su inscripción en todos y cada uno de los registros del resto de comunidades autónomas (Comunidades de destino) en las que vaya a prestar sus servicios.

Sin embargo, la convocatoria analizada exige en el apartado segundo del artículo 6 impugnado que para que:

" Los centros y entidades solicitantes de ayudas, deberán, a la fecha de publicación de esta convocatoria, cumplir los siguientes requisitos:

a) Hallarse inscritas y, en su caso, acreditadas en el Registro de centros y entidades de formación para el empleo autonómico o estatal, según los casos, siempre y cuando dispongan de instalaciones en el territorio del Principado de Asturias inscritas/acreditadas".

Y la CNMC sostiene que la exigencia de la disponibilidad de instalaciones y su verificación previa, lo que virtualmente supone es la ineficacia del requisito exigido a las entidades beneficiarias de que pueden estar inscritas en cualquier registro autonómico.

Apoya su petición de nulidad alegando la vulneración del artículo 18.2.a) de la LGUM en cuanto entiende que es discriminatorio para poder acceder o ejercer una actividad económica, la exigencia de que las entidades beneficiarias dispongan de instalaciones inscritas o acreditadas en el territorio del Principado de Asturias.

Por tanto, la CNMC considera que la exigencia de instalaciones en el territorio de la administración convocante infringe el principio de no discriminación. En este sentido, afirma que, si se condiciona la obtención de una ventaja económica a contar con un establecimiento físico dentro del territorio, con ello 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. La CNMC sostiene que únicamente pueden 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. Incluso el Abogado del Estado manifiesta que la exigencia de vinculación de las empresas beneficiarias con la comunidad otorgante de la subvención deberá referirse únicamente a la actividad subvencionada en concreto. Esto es, podría exigirse por la Administración otorgante de la subvención que los fondos públicos fueran destinados a impartir formación a trabajadores, autónomos o empresas residentes o domiciliados en el Principado de Asturias, respetándose así el criterio de territorialidad en el destino de la subvención.

Asimismo, se impugna el artículo 11 de la citada resolución de 11 de agosto de 2016 que regula los criterios de valoración para el otorgamiento de la subvención. Y entre ellos se encuentran:

- a) El grado de inserción laboral de los trabajadores participantes en acciones formativas finalizadas en los cuatro últimos años (20 puntos sobre 100).
- b) La valoración de la gestión de la formación realizada en aplicación de anteriores convocatorias (20 puntos sobre 100).
- c) La evaluación del alumnado de actividades formativas realizadas en los dos últimos ejercicios (15 puntos sobre 100).

Sostiene que el análisis de la compatibilidad de los efectos territoriales de las subvenciones con las libertades de establecimiento y prestación de servicios exige que el criterio de valoración en función de la experiencia previa con la administración convocante quede vinculado a la generación y permanencia de la actividad económica de formación profesional. En caso contrario puede suponer una restricción o discriminación por razón de residencia o domicilio social.

Por otra parte, sostiene que la aplicación de criterios de valoración que se limiten a la experiencia en la realización de actividades formativas en el ámbito territorial de la administración convocante, aunque guarda relación con el objeto de la convocatoria, sin embargo, esta relación no es el único requisito que la LGUM exige en su artículo 18.2.a), sobre todo si se tiene en cuenta que las convocatorias anteriores podrían haber contenido la exigencia de registro o acreditación autonómica y, por lo tanto, indirectamente, de establecimiento. Así las cosas, la aplicación de criterios de valoración que solo consideren la prestación de servicios formativos en el marco de anteriores convocatorias de las administraciones convocantes puede ser discriminatorio en la medida en que no está justificado por el objetivo de fomento pretendido por la subvención, al introducir un elemento de territorialidad ajeno a ese objeto. En efecto, la finalidad de fomento que pretende la subvención se consigue cuando su resultado revierte en el ámbito territorial de la administración convocante, al ser sus ciudadanos (trabajadores y autónomos) los beneficiarios de las actividades formativas, y no las entidades de formación de su territorio.



La aplicación de los tres criterios a los que se refiere la reclamación supone, según refiere el Abogado del Estado, la exclusión de facto de entidades y centros de formación que no tengan su establecimiento en la comunidad convocante, pues suponen la posibilidad de obtener 55 puntos sobre un total de 100 puntos.

En este sentido, se trataría de un requisito discriminatorio y, por lo tanto, contrario a las libertades de establecimiento y circulación.

Recuerda la posición del TJUE sobre la prohibición de trato discriminatorio entre operadores de distintos territorios de la UE que estaría reflejado, entre otras, en las SSTJUE de 6 de diciembre de 2007 (C-456/05), 20 de mayo de 2010 (C-56/09), 5 de febrero de 2014 (C-385/12) y 18 de marzo de 2014 (C-628/11); así como el criterio mantenido por el Tribunal Supremo respecto del principio de igualdad y la prohibición de discriminación entre operadores económicos en el marco de la unidad de mercado en su STS de 2 de junio de 2011 (RC 2577/2005).

TERCERO.- La defensa de la Administración demandada, el Principado de Asturias, admite la necesidad de abrir la convocatoria de las subvenciones impugnadas a entidades formativas inscritas en otras comunidades autónomas y en este sentido dictó la Resolución de fecha 19 de octubre de 2016 por la que ordena iniciar los trámites para modificar la redacción del artículo 6, apartado primero, de la convocatoria impugnada en el sentido de permitir, en aras de garantizar la unidad de mercado, que podían ser beneficiarias de las diferentes líneas de la convocatoria, los centros y entidades colaboradoras inscritos y/o acreditados en el registro de centros y entidades de formación para el empleo del servicio público de empleo del Principado de Asturias o del Servicio Público de empleo estatal. Pero mantiene el requisito de disponer de instalaciones o centros inscritos/acreditados en el territorio del Principado de Asturias, así como los criterios valorativos vinculados a la generación de actividad pasada en territorio asturiano.

En relación con la exigencia a la entidad solicitante de ayuda de que disponga de instalaciones en el territorio del Principado de Asturias inscritas/acreditadas entiende que no vulnera el principio de no discriminación del artículo 18.2.a) 1º de la LGUM. Al contrario respeta las exigencias el artículo 15.3 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 que dispone que *"para la acreditación y/o inscripción de las entidades de formación en la especialidad o especialidades formativas de que se trate, aquellas deberán disponer de instalaciones y recursos humanos suficientes que garanticen su solvencia técnica para impartir la formación, tanto teórica como práctica, así como la calidad de la misma. Las instalaciones y recursos podrán ser propios o bien de titularidad de terceras entidades privadas o públicas cuando ello no implique subcontratar la ejecución de la actividad formativa, debiendo aportar en este caso el correspondiente acuerdo o contrato de disponibilidad."*

Tampoco entiende discriminatorios los criterios de valoración relativos a la experiencia en la Comunidad Autónoma convocante por cuanto se apoyan en estándares de calidad y, además, no son estos los únicos requisitos evaluables.

CUARTO.- Centrado el objeto de debate, debemos analizar si las exigencias recogidas en el artículo 6, apartado segundo, y artículo 11 de la Resolución de 11 de agosto de 2016 objeto de este proceso vulneran el principio de no discriminación recogido en la Ley 9/2013, de garantía de la unidad de mercado.

Conviene desde un principio destacar que la impugnación efectuada por la CNMC se ha realizado con arreglo al procedimiento especial de garantía de la unidad de mercado lo cual implica que la adecuación de la norma impugnada deba hacerse con arreglo a los parámetros recogidos en la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado.

En esta línea, destacamos lo que se afirma en el Preámbulo de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado, cuando señala que *"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"*. Le y 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"*.



Y el Tribunal Constitucional añadió en la citada sentencia: *"En efecto, y de acuerdo con el artículo 5 de la Ley 20/2013, las autoridades competentes podrán imponer requisitos, deberes, prohibiciones, restricciones y limitaciones a las actividades económicas siempre que se justifiquen en la salvaguarda de alguna razón imperiosa de interés general y siempre que concurren los principios de necesidad y proporcionalidad."*

Por otra parte, conviene recordar que en la regulación de la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado se recogen unos principios que deben tenerse 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 velarán, 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 disposiciones de carácter general que regulen una determinada actividad económica o incidan en ella"* - art. 9.2.a) de la Ley 20/2013-.

Debemos, por tanto, analizar si el Principado de Asturias al dictar los artículos 6 y 11 -en los aspectos impugnados- de la Resolución de 11 de agosto de 2016 ha tenido en cuenta el principio de no discriminación previsto en el artículo 18.2.a) de la Ley 20/2013, de garantía de la unidad de mercado.

Aunque el Abogado del Estado también mencionaba la vulneración del artículo 20 de la LGUM, no obstante, dicho precepto ha sido declarado nulo por sentencia del Tribunal Constitucional 79/2017, de 22 de junio, cuyo fallo -apartado 1- dispone literalmente lo siguiente:

"Declarar inconstitucionales y, por lo tanto, nulos:

- Las letras b), c) y e) del apartado segundo del artículo 18, así como los artículos 19 y 20 y la disposición adicional décima de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado".

Por tanto, debe centrarse el análisis de legalidad en la infracción del artículo 18.2.a) de la LGUM que asimismo invocaba el Abogado del Estado.

Es conveniente hacer notar aquí que el Tribunal Constitucional, en la 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 sin embargo 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"*.

QUINTO. - Por lo tanto, confirmada la constitucionalidad del citado artículo 18.2.a) 1º de la LGUM, es preciso examinar el contenido concreto de las disposiciones objeto de impugnación para poder analizar si su regulación vulnera el principio de no discriminación recogido en dicho artículo.

Ya el artículo 16 de la Ley 20/2013 dispone que *"el acceso a las actividades económicas y su ejercicio será libre en todo el territorio nacional y solo podrá limitarse conforme a lo establecido en esta Ley y a lo dispuesto en la normativa de la Unión Europea o en tratados y convenios internacionales"*.



Recordemos que el artículo 18, ubicado en el CAPÍTULO IV - sobre Garantías al libre establecimiento y circulación- de la Ley 20/2013, y bajo la rúbrica "Actuaciones que limitan la libertad de establecimiento y la libertad de circulación", establece lo siguiente:

"1. Cada autoridad competente se asegurará de que cualquier medida, límite o requisito que adopte o mantenga en vigor no tenga como efecto la creación o el mantenimiento de un obstáculo o barrera a la unidad de mercado.

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.

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.

4.º que su personal, los que ostenten la propiedad o los miembros de los órganos de administración, control o gobierno residan en dicho territorio o reúnan condiciones que directa o indirectamente discriminen a las personas procedentes de otros lugares del territorio.

5.º que el operador deba realizar un curso de formación dentro del territorio de la autoridad competente".

En particular, entiende la CNMC que las exigencias contenidas en los apartados impugnados de la Resolución de 16 de agosto de 2016 infringen el principio de no discriminación que en este ámbito protege el apartado 2 del transcrito artículo 18.

Por el contrario, en la contestación a la demanda la representación procesal del Principado de Asturias recuerda la potestad reglamentaria que le asiste y de la que dice que tiene naturaleza discrecional que, precisamente, goza de amplitud cuando, tal y como acontece con las medidas de fomento, nos encontramos con reglamentos no ejecutivos en los que únicamente dicha potestad está obligada a respetar los límites previstos en la normativa estatal o autonómica y no recaer en arbitrariedad o desviación de poder o, incluso, en vulneración de los principios generales del derecho, cuestiones éstas que no acontecen en el presente supuesto, y sin que la actuación administrativa lesione derechos e intereses legítimos en cuanto resulta compatible con la libertad de establecimiento o circulación.

SEXTO. - El Abogado del Estado en defensa de la CNMC impugna el artículo 6, apartado segundo, de la Resolución de 11 de agosto de 2016 en cuanto limita, como ya vimos, los beneficiarios potenciales de la subvención al exigir que debían tener instalaciones inscritas/acreditadas en el territorio de la Comunidad Autónoma concedente de las subvenciones. Y, además, impugna el artículo 11 que al regular los criterios que pueden evaluarse para el otorgamiento de la subvención atribuye un total de 55 puntos sobre 100 a la experiencia formativa de las entidades solicitantes en anteriores convocatorias de ayudas por parte del Principado de Asturias.

Preceptos que el Abogado del Estado impugna porque considera que vulnera el artículo 18.2.a) de la LGUM.

Esta Sección ya ha analizado la vulneración de esos preceptos en relación con subvenciones y ayudas públicas concedidas por otras Comunidades Autónomas respecto de las cuales se fijaban requisitos idénticos a los que ahora constituyen el objeto del presente proceso. En este sentido destacamos las sentencias dictadas en fecha 28 de diciembre de 2018 (rec. nº18/2017) y en fecha 17 de julio de 2019 (rec. nº19/2017). Procedimientos que se siguieron igualmente por el procedimiento especial de protección de la garantía de la unidad de mercado y dirigidos contra resoluciones 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, en un caso; y en el otro supuesto para la financiación de acciones de formación para jóvenes inscritos en el Fichero Nacional de Garantía Juvenil conducentes a la obtención de certificados de profesionalidad del sistema de Formación Profesional para el Empleo.

El fundamento de dichos recursos descansaba en las mismas consideraciones que ahora amparan la reclamación de la CNMC. Y las referidas sentencias anularon los apartados cuestionados, de contenido del todo similar al que se impugna aquí. Y razones de unidad de doctrina y de seguridad jurídica nos obliga a remitirnos a los fundamentos de derecho de dichas sentencias que son, además, firmes.



Como hemos visto, el Abogado del Estado impugna el apartado sexto, punto 2, de la Resolución de 11 de agosto de 2016 del Servicio Público de Empleo del Principado de Asturias en cuanto exige que:

"Los centros y entidades solicitantes de ayuda, deberán, a la fecha de publicación de esta Convocatoria, cumplir los siguientes requisitos: a) Hallarse inscritas y, en su caso, acreditadas en el registro de centros y entidades de formación para el empleo autonómico o estatal, según el caso, siempre y cuando dispongan de instalaciones en el territorio del Principado de Asturias inscritas/acreditadas".

Esta Sala admite la pretensión de nulidad del Abogado del Estado respecto de dicho precepto por cuanto vulnera el principio de no discriminación recogido en el artículo 18.2.a) de la Ley 20/2013, de Garantía para la Unidad de Mercado. De acuerdo con dicho precepto, las restricciones o limitaciones establecidas a las entidades y centros solicitantes de ayuda para poder ser beneficiarias de las subvenciones 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 cuyo precepto se ha impugnado- artículo 6, apartado segundo- impone como condición para ser beneficiario de la subvención que las entidades y centros de formación dispongan a la fecha de publicación de la convocatoria de *"instalaciones en el territorio del Principado de Asturias"*.

De éste modo, el precepto impugnado configura un requisito discriminatorio al acceso o ejercicio de una actividad económica pues el art. 18.2.a) 1 de la Ley 20/2013 contempla como requisitos discriminatorios para el acceso a una actividad económica o su ejercicio, para la obtención de ventajas económicas o para la adjudicación de contratos públicos, aquellos basados directa o indirectamente en el lugar de residencia o establecimiento del operador. Y al condicionar la Resolución de convocatoria la obtención de una ventaja económica a que se disponga a la fecha de publicación de la convocatoria 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 especialmente cuando dicha exigencia se ha vinculado en la convocatoria como requisito de acceso como entidad beneficiaria y no, en su caso, como requisito una vez que se ha obtenido la ayuda solicitada dada su naturaleza, así como el objeto y forma exigida para otorgar la formación subvencionada.

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.

Y tal exigencia, vulnera el artículo 18.2.a de la LGUM, cuyo punto 1º, expresamente dispone que la exigencia de disponer de establecimiento, domicilio social o establecimiento físico en el territorio de la autoridad competente constituye un requisito discriminatorio y, por lo tanto, es contraria al libre establecimiento y a la libre circulación. 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 instalaciones a la fecha de publicación de la convocatoria de instalaciones en el territorio de la Administración convocante de las ayudas, en este caso Principado de Asturias.

Por otra parte, el Principado de Asturias 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 de modo directo en las actuaciones que limitan el libre establecimiento y la libre circulación por no cumplir los principios recogidos en el Capítulo II de la Ley 20/2013, a las que se refiere en su artículo 18.2, pues, para la obtención de ventajas económicas implica la exigencia de requisitos de obtención de una autorización, homologación, acreditación, calificación, certificación, cualificación o reconocimiento, de presentación de una declaración responsable o comunicación o de inscripción en algún registro para acreditar la equivalencia de las condiciones que reúne el operador establecido en otro lugar del territorio con los requisitos exigidos para la concesión de dichas ventajas económicas, en los términos literales que prevé el apartado f) de dicho artículo.

El Abogado del Estado también considera contrario a esos mismos principios recogidos en la LGUM, el artículo 11 de la resolución impugnada por el que se establecen los criterios para el otorgamiento de la



subvención. Criterios que implican reconocer una puntuación de 55 puntos sobre un total de 100 a favor de aquellas empresas que hayan sido beneficiarias de ayudas en convocatorias anteriores por cuanto se valora su experiencia formativa anterior en el territorio del Principado de Asturias en relación con convocatorias de ayudas a las que únicamente podían acceder las empresas inscritas en el Registro autonómico de empleo del Principado de Asturias y, además, tuvieran instalaciones físicas en el territorio del Principado de Asturias.

Igualmente, esta Sala acepta la pretensión de nulidad solicitada por el Abogado del Estado por cuanto es discriminatorio en el sentido regulado por la Ley 9/2013 fijar como criterios de valoración la experiencia formativa de entidades beneficiarias de convocatorias anteriores de la propia Comunidad Autónoma ahora convocante y, además, en un porcentaje que supera el 50% al poder obtener 55 puntos sobre 100.

Desde luego, la potestad reglamentaria reconocida a las Comunidades Autónomas y que invoca la demandada no da cobertura a la distribución de puntos que recoge el citado apartado 11 impugnado por cuando resulta abiertamente contraria a una

norma con rango de Ley, como es la Ley 20/2013.

Por otra parte, es la notable desproporción en la valoración del mérito la que debe conducir a su anulación pues implica que se vean afectados, precisamente, el libre establecimiento y circulación que protege el artículo 18. Cabe citar en este punto la doctrina del Tribunal Constitucional recogida en su sentencia 27/2012, de 1 de marzo, que, si bien en materia de valoración de méritos en un concurso para acceso a la función pública, vincula la existencia de discriminación con la desproporción en el valor asignado a un mérito en concreto, relacionado con la Administración convocante y que, en realidad, predetermina el resultado del concurso.

Por lo tanto, debemos concluir que el artículo 6, apartado segundo, y el artículo 11 de la Resolución impugnada vulneran el art. 18.2.a) de la Ley 20/2013, de Garantía de la Unidad de Mercado.

Y, procede, en consecuencia, la estimación del recurso y la anulación de los apartados 6.2 y 11 de la Resolución de 11 de agosto de 2016, aquí recurrida por ser en este concreto extremo contrarios a derecho por cuanto su regulación es discriminatoria para el acceso a la actividad económica o su ejercicio.

SÉPTIMO.- Se imponen a la Administración demandada las costas procesales ocasionadas en este proceso de acuerdo con lo previsto en el artículo 139.1 de la LJCA.

VISTOS los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación

FALLAMOS

1.- Estimar el recurso contencioso-administrativo nº 7/2017, promovido por los tramites del proceso especial para la garantía de la unidad de mercado e interpuesto por el Abogado del Estado, en defensa y en representación de la **Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia**, contra la Resolución de 19 de octubre de 2016 por la que el Servicio de Empleo del Principado de Asturias resuelve la reclamación del artículo 26 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado y contra el artículo 6, apartado segundo, y artículo 11 de la Resolución de 11 de agosto de 2016, del Servicio Público del Empleo de Principado de Asturias, por la que se convocan subvenciones públicas para 2016-2017, con destino a la financiación de acciones de formación para el empleo dirigidas prioritariamente a trabajadores desempleados

2.- Anular los artículos impugnados como son el apartado 2 del artículo 6 y el artículo 11 de la Resolución de 11 de agosto de 2016 impugnada, por ser contrarios a Derecho.

Con imposición de costas a la Administración demandada

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 notificación, a las partes, expidiéndose certificación literal de la misma para su unión a las actuaciones.

En Madrid a 05/11/2019 doy fe.