



Roj: **SAN 2444/2022 - ECLI:ES:AN:2022:2444**

Id Cendoj: **28079230062022100327**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **09/06/2022**

Nº de Recurso: **170/2016**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **MARIA JESUS VEGAS TORRES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000170 /2016

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 01557/2016

Demandante: Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia

Letrado: ABOGADO DEL ESTADO

Demandado: CONSEJERO ECONOMIA, HACIENDA Y EMPLEO DE CANTABRIA

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. MARIA JESUS VEGAS TORRES

SENTENCIA Nº :

Ilma. Sra. Presidente:

D^a. BERTA SANTILLAN PEDROSA

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

D. MARIA JESUS VEGAS TORRES

D. RAMÓN CASTILLO BADAL

Madrid, a nueve de junio de dos mil veintidós.

VISTO por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, el recurso contencioso-administrativo núm. **170/2016** promovido por los tramites del proceso especial para la garantía de la unidad de mercado, que ha sido promovido por el Abogado del Estado, en defensa y en representación de la **Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia**, contra la Resolución del Consejero de Economía, Hacienda y Empleo de Cantabria de 20 de enero de 2016, por la que se desestima la reclamación de Adquiere Servicios Integrados y contra el artículo 3 de la Orden HAC/35/2015 de la citada Consejería, por la que se establecen las bases reguladoras y se aprueba la convocatoria para el ejercicio 2015-2017 de las subvenciones en materia de formación de la oferta mediante ejecución de planes formativos dirigidos prioritariamente a personas trabajadoras ocupadas (en su actual versión dada por Orden HAC/43/2015, BO Cantabria de 25-11-2015). Ha comparecido como Administración demandada el Gobierno de Cantabria, asistido y representado 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 se estime la demanda.

SEGUNDO. - El Letrado del Gobierno de Cantabria 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 8 de junio del año en curso.

Ha sido ponente la Ilma. Sra. Magistrada Dña. M^a Jesús Vegas Torres, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - 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 del Consejero de Economía, Hacienda y Empleo de Cantabria de 20 de enero de 2016 por la que se desestima la reclamación del artículo 26 LGUM interpuesta por la entidad Adquiereo Servicios Integrales SL.

B) la Orden HAC/43/2015, de 19 de noviembre (Boletín Oficial de Cantabria núm. 226, de 25.11.2015), de la Consejería de Economía, Hacienda y Empleo de la Comunidad Autónoma de Cantabria, por la que se modifica la anterior Orden HAC/35/2015, de 28 de septiembre.

C) artículo 3 de la Orden HAC/35/2015 de la Consejería de Economía, Hacienda y Empleo de la Comunidad Autónoma de Cantabria, por la que se establecen las bases reguladoras y se aprueba la convocatoria para el ejercicio 2015-17 de las subvenciones en materia de formación de la oferta mediante la ejecución de planes formativos dirigidos prioritariamente a las personas trabajadoras ocupadas (Boletín Oficial Cantabria Extraordinario núm.76 de 1.10.2015), en la versión dada por la anteriormente citada Orden HAC/43/2015, de 19 de noviembre.

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 en el artículo 3 de la Orden HAC/35/15, que, en su versión original publicada en BO Cantabria Extraordinario núm.76, de 1 de octubre de 2015 disponía lo siguiente:

"Podrán solicitar subvenciones para financiar la ejecución de los distintos tipos de planes de formación, de ámbito de la Comunidad Autónoma de Cantabria, previstos en el artículo 2 las entidades de formación acreditadas o inscritas y en situación de Alta en el Registro Autonómico de Centros y Entidades de Formación del Servicio Cántabro de Empleo en la fecha de publicación (...)".

Destaca, a continuación que el artículo 3 HAC/35/15, de 19 de noviembre (Boletín Oficial de Cantabria núm. 226, de 25.11.2015), de la Consejería de Economía, Hacienda y Empleo de la Comunidad Autónoma de Cantabria, por la que se modifica la anterior Orden HAC/35/2015, de 28 de septiembre, establece que:

"Podrán solicitar subvenciones para financiar la ejecución de los distintos tipos de planes de formación, de ámbito de la Comunidad Autónoma de Cantabria, previstos en el artículo 2, las entidades de formación acreditadas o inscritas y en situación de Alta en el correspondiente registro en la fecha de publicación de esta Orden, de acuerdo con lo siguiente:

1. Las Entidades de formación acreditadas en el certificado o los certificados de profesionalidad para los que presenten solicitud en el Plan de formación, o inscritas en las especialidades formativas objeto de la formación, que consten como tales en el Registro Autonómico de Centros y Entidades de Formación del Servicio Cántabro de Empleo o del Servicio Público de Empleo Estatal, según corresponda, siempre y cuando dispongan de instalaciones en el territorio de la Comunidad Autónoma de Cantabria debidamente inscritas/acreditadas.

2. No obstante lo anterior las Entidades inscritas y/o acreditadas que constan como tales en el Registro Autonómico de Centros y Entidades de Formación del Servicio Cántabro de Empleo o del Servicio Público de

Empleo Estatal, siempre y cuando dispongan de instalaciones en el territorio de la Comunidad Autónoma de Cantabria debidamente inscritas/acreditadas, podrán solicitar, en el Plan de Formación, acciones formativas NO normalizadas y NO incluidas en el Catálogo de Especialidades Formativas. A tal efecto, el modelo de solicitud contendrá la declaración responsable referente a las acciones formativas mencionadas en este párrafo, lo que supondrá que dicha inscripción será de aplicación únicamente en el supuesto de que las mismas resulten aprobadas en el Plan de Formación y tendrá una vigencia limitada a la de la propia duración de su impartición.

Asimismo, podrán solicitar financiación para planes de formación que incluyan únicamente acciones formativas NO normalizadas para su impartición exclusivamente en modalidad de tele- formación, el resto de Las entidades inscritas y/o acreditadas para impartir formación en dicha modalidad y que consten como tales en el registro que corresponda. A tal efecto, el modelo de solicitud contendrá la declaración responsable referente a las acciones formativas mencionadas en este párrafo, lo que supondrá que dicha inscripción será de aplicación únicamente en el supuesto de que las mismas resulten aprobadas en el Plan de Formación y tendrá una vigencia limitada a la de la propia duración de su impartición".

Entiende que, de la comparación de ambas redacciones se deduce que, si bien ha sido eliminado el requisito de inscripción o registro obligatorio de la entidad beneficiaria en la Comunidad Autónoma otorgante de la subvención (al introducirse la alternativa inscripción en el servicio de empleo estatal), se fija, sin embargo la obligación de disponer, por parte del beneficiario, de instalaciones inscritas en el territorio de la Comunidad de Cantabria en todas las modalidades de formación "presencial", exceptuándose únicamente de dicha obligación a la modalidad de "tele-formación".

A continuación examina las limitaciones contenidas en el artículo 3 de la Orden impugnada a la luz de la normativa sectorial vigente y a estos efectos sostiene que el citado artículo 3 de la Orden HAC/35/2015 no coincide con el contenido y finalidad de los apartados 2 y 3 del artículo 15 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 (Ley 30/2015) que dispone que: *"las entidades formativas que prestan sus servicios mediante centros móviles en más de una Comunidad Autónoma siempre estarán inscritos en el Servicio Público de Empleo Estatal, las entidades de la modalidad de tele formación solamente se inscribirán en dicho Servicio Público de Empleo Estatal cuando sus centros presenciales estén ubicados en más de una Comunidad"*.

Aduce que se puede dar el caso, de una entidad de la modalidad de tele-formación, que preste sus servicios formativos en varias Comunidades desde un único centro presencial ubicado en una sola Comunidad y sin necesidad, por este motivo, de estar inscrita en el Servicio Público de Empleo Estatal y que esta circunstancia ha sido obviada en la nueva redacción del artículo 3 de la Orden HAC/35/2015.

Añade que, por otro lado, los centros móviles de formación, por definición, no disponen de instalaciones "fijas" sitas en una Comunidad autónoma determinada, razón por la cual no tiene sentido su exigencia en el artículo 3 de la Orden HAC/35/2015, que, de hecho, únicamente exceptúa del requisito de contar con "instalaciones" inscritas en Cantabria a las entidades de "tele-formación", cuando lo cierto es que tampoco debería exigirse dicha condición a las entidades que contaran con "centros móviles", interpretación que está en consonancia con el apartado 2 del mismo artículo 15 de la Ley 30/2015, que no exige a las entidades formativas una determinada distribución o ubicación territorial de sus recursos (instalaciones y personal).

Refiere, además, que la inscripción en el Servicio Público de Empleo Estatal de las entidades formativas que disponen de instalaciones y recursos formativos permanentes en más de una comunidad autónoma resulta potestativa, aunque el artículo 3 de la Orden HAC/35/15 lo exija como alternativa a la inscripción en Cantabria, lo que implica, por ejemplo, que una entidad de formación con instalaciones permanentes inscritas en varias comunidades autónomas distintas a la cántabra, pero no inscrita en el Servicio Público de Empleo Estatal, no pueda acceder a la convocatoria de ayudas.

Tras ello, efectúa el examen de las limitaciones contenidas en el artículo 3 de la Orden HAC/35/2015 a la luz de la LGUM y concluye que resulta contrario al principio de eficacia nacional del artículo 20 LGUM porque:

1- Exige a todas las entidades beneficiarias de las subvenciones, salvo en el caso de las entidades de tele-formación, que dispongan de instalaciones en el territorio de Cantabria, no siendo el requisito exigido a las instalaciones (inscripción registral territorial) ningún requisito técnico basado en alguna razón imperiosa de interés general, por lo que no resulta admisible a tenor del artículo 20.4 LGUM;

2- No considera como beneficiarias a las entidades de la modalidad de tele formación, que presten sus servicios formativos en varias Comunidades desde un único centro presencial ubicado en una sola Comunidad y sin necesidad, por este motivo, de estar inscritas en el Servicio Público de Empleo Estatal según el artículo 15.2 de la Ley 30/2015 y



3- Convierte en obligatoria, para poder concurrir a la convocatoria de ayudas, la inscripción potestativa en el Servicio Público de Empleo Estatal prevista por el artículo 15.2 de la Ley 30/2015 para las entidades formativas que disponen de instalaciones y recursos formativos permanentes en más de una comunidad autónoma.

Y añade que también vulnera el principio de no discriminación del artículo 18.2.a) LGUM en cuanto impone la obligación de que los operadores que pretendan acceder a la subvención, en todas las modalidades de formación "presencial", exceptuándose únicamente de dicha obligación a la modalidad de "tele-formación, cuenten con carácter previo con instalaciones en la comunidad autónoma de Cantabria debidamente inscritas. A tal efecto argumenta que los operadores de otras CCAA distintas a la Cantabria que no disponen de instalaciones en dicha Comunidad o que no están inscritas en el Servicio Estatal de Empleo o en el servicio de empleo cántabro (pero sí en otros registros o servicios de otras CCAA), se encuentran en una clara situación de "desventaja" respecto de las empresas inscritas en Cantabria o que disponen de instalaciones en dicha Comunidad.

SEGUNDO. - La defensa de la Administración demandada, -Gobierno de Cantabria-, opone, con carácter previo, la inadmisibilidad del recurso contencioso administrativo por falta de agotamiento de la vía administrativa previa. A tal efecto argumenta que, el acto administrativo del Consejero de Economía, Hacienda y Empleo resolviendo la reclamación del operador económico Adquiere Servicios Integrados SL no pone fin a la vía administrativa pues contra el mismo cabe recurso de alzada ante el Consejo de Gobierno de Cantabria, cuya decisión si agota la vía administrativa. De acuerdo con lo dispuesto en los artículos 127 y 128 de la ley 6/2002, de 10 de diciembre, de Régimen Jurídico del Gobierno y de la Administración de la Comunidad Autónoma de Cantabria.

Por lo demás, afirma que la resolución de 20 de enero de 2016 del Consejero de Economía, Hacienda y Empleo ha devenido en acto firme y co sentido por no haber sido agotada la vía administrativa, resultando, por tanto, inatacable y añade que la Comunidad de Cantabria ostenta la competencia ejecutiva en materia laboral, de conformidad con su Estatuto de Autonomía.

Por cuanto se refiere al fondo de la cuestión litigiosa, recuerda que la STC 79/2017, de 22 de junio declaró inconstitucional y, por tanto, nulos, los apartados b), c) y e) del apartado segundo del artículo 18 y los artículos 19 y 20 y la disposición adicional décima todos ellos de la Ley 20/2012, de 9 de diciembre, de garantía de la Unidad de Mercado y, en consecuencia, sostiene que la demanda debería decaer en lo concerniente a la vulneración del artículo 20 LGUM.

Respecto de la infracción del artículo 18.2.a) 1º LGUM explica que la exigencia de inscripción en el registro autonómico, para la modalidad presencial y mixta, no limita la libertad de establecimiento y circulación de los operadores económicos puesto que no se exigen trámites adicionales o el cumplimiento de nuevos requisitos y que tiene por finalidad acreditar la equivalencia de las condiciones que reúne el operador establecido en otro lugar del territorio con los requisitos exigidos para la concesión de ventajas económicas. Que el ámbito de aplicación de la Orden HAS 43/2015, de 25 de noviembre, que modifica la orden HAS 35/2015 se ciñe a la Comunidad Autónoma de Cantabria y que, por tanto, ésta resulta competente para organizar y financiar la formación profesional para el empleo dirigida, en este caso, prioritariamente a las personas trabajadoras ocupadas, siempre que su ejecución no implique movilidad geográfica de los participantes entre Comunidades Autónomas y, por tanto, a una acción coordinada, es decir, que en el caso de acciones formativas a desarrollar en modalidad presencial y mixta, los participantes, además de ser demandantes de empleo en la comunidad autónoma, deben recibir la formación en la Comunidad Autónoma de Cantabria. Añade que la Orden HAC/4372015, de 25 de noviembre, diseña un sistema que permite garantizar que las entidades de formación receptoras de la financiación tengan la capacidad y solvencia técnica necesarias para ejecutar las acciones, lo que implica que tengan o deban tener instalaciones, equipamientos y medios humanos y materiales adecuados para la impartición de la formación, lo que se traduce en la exigencia de estar acreditadas o haber presentado una declaración responsable, según la formación esté vinculada a la obtención de certificados de profesionalidad o no, respectivamente.

Así las cosas, explica que la competencia para proceder a inscribir y acreditar a las entidades de formación puede corresponder, con carácter general al Servicio Cántabro de Empleo, pero también, en supuestos especiales, al Servicio Público de Empleo Estatal, la que se modificó la referencia que en la Orden HAC/35/2015, de 28 de septiembre se realizaba para estos casos al Registro Autonómico de Centros y Entidades de Formación del Servicio Cántabro de Empleo, sustituyéndola por la referencia al Registro de Centros y Entidades de Formación del Servicio Cántabro de Empleo o del Servicio Público de Empleo Estatal, según corresponda.

Y por lo que se refiere a la impartición de acciones LGUM formativas de modalidad de tele formación, se modificó la referencia que se realizaba al Registro Autonómico de Centros y Entidades de Formación del Servicio



Cántabro de Empleo, sustituyéndola por la referencia al Registro de entidades de formación que en cada caso corresponda. Rechaza que la nueva versión del precepto impugnado no considere como beneficiarias a las entidades de la modalidad de tele formación que prestan sus servicios en varias Comunidades desde un único centro presencial ubicado en una sola Comunidad, sin necesidad de estar inscritas en el Servicio Público de Empleo estatal y aclara que, a tenor del mismo, cualquier centro que esté inscrito en modalidad de tele formación, podrá ser beneficiario de la convocatoria para impartir formación en dicha modalidad.

TERCERO.- A la hora de abordar la causa de inadmisión por extemporaneidad en la interposición del recurso que invoca el Gobierno de Cantabria, debemos distinguir según el recurrente sea un particular o la CNMC toda vez que en el presente caso hubo una reclamación de la entidad ADQUIERO SERVICIOS INTEGRADOS, S.L., ante la SCUM siguiendo el procedimiento establecido en el art. 26.6 LGUM en relación con el art. 27.3 LGUM y, posteriormente, se produjo la intervención de la CNMC, al amparo del procedimiento previsto en la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado.

En éste sentido, el Tribunal Constitucional en la sentencia nº 110/2017, de 5 de octubre, dictada en el recurso de inconstitucionalidad nº 1411/2014 relativo a la LGUM, tras recordar la condición de organismo público de la CNMC, establece, además, las diferencias entre su posición y la de un particular:

"...En lo que se refiere a la legitimación de la CNMC para interponer recurso en el procedimiento especial regulado en el capítulo IV del título V de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, cabe recordar que la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia se configura legalmente como un «organismo público de los previstos en la disposición adicional décima de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de organización y funcionamiento de la Administración General del Estado» (art. 1 de la Ley 3/2013, de 4 de junio , de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia) y está «dotada de personalidad jurídica propia y plena capacidad pública y privada y actúa, en el desarrollo de su actividad y para el cumplimiento de sus fines, con autonomía orgánica y funcional y plena independencia del Gobierno, de las Administraciones Públicas y de los agentes del mercado» (art. 2 de la Ley 3/2013). De acuerdo con la redacción dada por la disposición final primera de la Ley 20/2013 al nuevo artículo 127 bis de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa : «cuando la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia considere que una disposición, acto, actuación, inactividad o vía de hecho procedente de cualquier Administración pública sea contraria a la libertad de establecimiento o de circulación en los términos previstos en la Ley 20/2013, de Garantía de la Unidad de Mercado, podrá presentar el recurso contencioso administrativo regulado en este capítulo». La CNMC actúa así en defensa de la legalidad, y el hecho de que por ello puedan verse beneficiados los intereses de determinados operadores económicos, no supone un tratamiento procesal privilegiado de estos últimos ni tampoco un menoscabo del tratamiento procesal de sujetos con intereses contrapuestos o de las Administraciones autoras de las disposiciones y actos que resulten impugnados, por considerar la CNMC que los mismos contravienen la libertad de establecimiento o de circulación en los términos previstos en la Ley 20/2013, de garantía de la unidad de mercado. La legitimación de la CNMC se fundamenta, así, en la defensa y promoción de aquellos fines de los que el ordenamiento jurídico le hace garante, fines que se insertan en la protección de intereses generales vinculados con la garantía y defensa de objetivos económicos, que este Tribunal ya ha declarado legítimos, y, por tanto, la impugnación referida debe ser desestimada".

Así pues, cuando la CNMC, dirige un requerimiento previo a la interposición del recurso especial para la garantía de la unidad de mercado, persigue la protección de intereses generales vinculados a los objetivos de la LGUM, en su condición de Administración Pública que tiene atribuida la defensa de tales intereses legítimos. Y es la existencia de un conflicto entre Administraciones Públicas como es el caso lo que justifica la remisión del requerimiento previo del artículo 44 LRJCA. A la vista de lo expuesto entendemos que el plazo de interposición del recurso contencioso administrativo de dos meses a que alude el artículo 127 bis, párrafo segundo, de la LJCA queda suspendido por el requerimiento previo formulado por la CNMC a la Administración demandada, en este caso al Presidente del Servicio Cántabro de Empleo, al amparo del artículo 44 de la LJCA. Requerimiento previo cuya exigencia no se ha excepcionado cuando, como sucede en este caso, la CNMC decide interponer el recurso contencioso administrativo a solicitud del operador económico.

En consecuencia, el Abogado del Estado al interponer el presente recurso jurisdiccional en nombre y en defensa de la CNMC ha respetado el plazo de los dos meses toda vez que su cómputo debe iniciarse desde la fecha en que se entiende desestimado presuntamente el requerimiento previo formulado al Servicio Cántabro de Empleo. Y en este caso habiéndose formulado el requerimiento al Servicio Cántabro de Empleo en fecha 30 de diciembre de 2016, debemos entender que se ha rechazado presuntamente en el plazo de un mes y comienza en esa fecha el cómputo del plazo de los dos meses para poder acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa. De tal modo que, habiéndose interpuesto el recurso contencioso administrativo en fecha 21 de marzo de 2017, se hizo dentro del plazo de dos meses del art. 46.1 de la Ley Jurisdiccional.



Sobre la validez del requerimiento formulado por la CNMC, declaró el Tribunal Supremo en la sentencia de 4 de junio de 2018, rec. 438/2017 que *"se impone también una interpretación pro actione tanto de la decisión de la CNMC de interponer el requerimiento, como del propio requerimiento regulado en el artículo 44 de la Ley jurisdiccional. Siendo un instrumento destinado a evitar que se entable un litigio entre administraciones públicas, no tendría mucho sentido contemplarlo de una manera restrictiva negando tal carácter a un ente público creado para la defensa de intereses generales y dotado de plena autonomía y capacidad jurídica, cuando dicha finalidad del requerimiento resulta plenamente aplicable a una acción procesal que habilita a dicho órgano a litigar contra cualquier administración pública."*

A favor del requerimiento previo nos hemos pronunciado también en esta Sala en las sentencias de 28 de noviembre de 2018, rec. 757/2015 y 17 de julio de 2019, rec. 9 /2017.

Por lo demás, no concurren las otras dos causas de inadmisibilidad por falta de agotamiento de la vía administrativa y tratarse la resolución del Consejero de un acto firme y consentido al no recurrirse en alzada.

Se argumenta para ello que de acuerdo con el art. 127 de la Ley 6/2002, de 10 de diciembre, de Régimen Jurídico del Gobierno y de la Administración de la Comunidad Autónoma de Cantabria, el acto administrativo del Consejero de Economía, Hacienda y Empleo resolviendo la reclamación del operador económico ADQUIERO SERVICIOS INTEGRADOS, es decir, la Resolución de 20 de enero de 2016, no agota la vía administrativa pues contra la resolución cabe el recurso de alzada ante el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de Cantabria, cuya decisión sí agota la vía administrativa previa.

Tal alegato no puede prosperar pues quien interpone el recurso contencioso administrativo es la CNMC y no Adquiere Servicios Integrados que se limita a formular la reclamación prevista en la Ley y que no contempla tal agotamiento de la vía administrativa a lo que se añade que la resolución citada no ofreció recurso de alzada limitándose a notificar la resolución a las Secretarías Generales de las Consejerías de Innovación, Industria, Turismo y Comercio y de Economía, Hacienda y Empleo.

El recurso contencioso lo interpone la CNMC previo requerimiento que, como ha precisado el Tribunal Supremo en la sentencia de 25 de mayo de 2009, rec. 4808 /2005 no constituye propiamente un recurso pues *"los requerimientos contemplados en el artículo 44 de la Ley de la Jurisdicción no son recursos administrativos ni participan de la naturaleza de estos. Tales requerimientos responden a un mecanismo de acuerdo y entendimiento entre Administraciones Públicas para evitar litigios, en el marco de los principios constitucionales de coordinación y colaboración que han de presidir las relaciones entre dichas Administraciones. A través de ellos se busca dar a la Administración requerida la posibilidad de reconsiderar sus decisiones y así procurar una solución que soslaye el conflicto; pero por su carácter de técnicas de acuerdo y entendimiento no son, insistimos, ni por su naturaleza ni por su tramitación cauces impugnatorios como los recursos administrativos."*

Al no ser un recurso no cabe sostener que tras el rechazo siquiera implícito del requerimiento era necesario agotar la vía administrativa y rechazado este planteamiento tampoco cabe sostener que la resolución de 20 de enero de 2016 quedó firme, por consentida, cuando ha sido recurrida tras el rechazo del requerimiento.

CUARTO.- Descartada la inadmisibilidad del presente recurso, resulta necesario precisar que la Ley 20/20013 se ha visto sensiblemente afectada por la STC 79/2017, que declaró inconstitucionales los artículos 19 y 20 en la medida en que desarrollaban el principio de eficacia nacional por ser contrario al orden constitucional de distribución de competencias.

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."*



Así las cosas, la cuestión litigiosa queda circunscrita a examinar si la exigencia a las entidades de formación para poder acceder a la subvención de disponer de una instalación sita en territorio cántabro, contenida en el artículo 3 de la Orden HAC/35/15 es contraria al principio de no discriminación del artículo 18.2.a) LGUM.

QUINTO. - 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 debe 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"*. Esta ley 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-.

En consecuencia, examinaremos si la Comunidad Autónoma de Cantabria ha tenido en cuenta el principio de no discriminación entre operadores previsto en el artículo 18.2.a) de la Ley 20/2013, de garantía de la unidad de mercado al establecer en el artículo 3 de la Orden HAC/35/2015, la exigencia de que los operadores, para poder acceder a la subvención, en todas las modalidades de formación "presencial", exceptuándose únicamente de dicha obligación a la modalidad de "tele-formación", cuenten con carácter previo con instalaciones en la comunidad autónoma de Cantabria debidamente inscritas.

Pues bien, de acuerdo con el artículo 13 de la LGUM *"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"* y que su 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 el presente caso, la norma de convocatoria cuyo precepto se ha impugnado impone como condición para ser beneficiario de la subvención que "las Entidades de formación acreditadas (...) dispongan de instalaciones en el territorio de la Comunidad Autónoma de Cantabria debidamente inscritas y/o acreditadas".

Así las cosas, convenimos con el Abogado del Estado en que el artículo 3 de la Orden HAC/43/2015, de 19 de noviembre impugnado vulnera el principio de no discriminación entre operadores 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 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.

De este modo, el precepto impugnado configura requisitos discriminatorios al acceso o ejercicio de una actividad económica pues el art. 18.2.a) 1 de la Ley 20/2013, al condicionar la obtención de una ventaja económica a que se disponga a la fecha de publicación de la convocatoria de instalaciones dentro del territorio de la Comunidad Autónoma de Cantabria debidamente inscritas y/o acreditadas, discriminando con ello a los operadores que no cumplen ese requisito 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 dichas exigencias se han vinculado en la convocatoria como requisitos 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, en el momento inicial de solicitar y de participar en la convocatoria de las ayudas.

Y tales exigencias vulneran 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 Comunidad Autónoma de Canarias. Y el apartado 3 considera discriminatorio exigir que el operador haya estado inscrito en registros de dicho territorio.

La conclusión que mantenemos ha sido la adoptada por esta Sala en otros recursos en los que se impugnaba ordenes de convocatorias de subvenciones de otras Comunidades autónomas en las que se imponía la exigencia para obtener la condición de beneficiario de contar con instalaciones en el territorio de la Comunidad convocante al tiempo de presentar la solicitud.

Procede, en consecuencia, la estimación del recurso y la anulación del precepto impugnado por ser contrarios a derecho por cuanto su regulación es discriminatoria para el acceso a la actividad económica o su ejercicio.

SEXTO. - 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 promovido por los tramites del proceso especial para la garantía de la unidad de mercado por el Abogado del Estado, en defensa y en representación de la **Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia**, contra la Resolución del Consejero de Economía, Hacienda y Empleo de Cantabria de 20 de enero de 2016, por la que se desestima la reclamación de Adquiereo Servicios Integrados y contra el artículo 3 de la Orden HAC/35/2015 de la citada Consejería, por la que se establecen las bases reguladoras y se aprueba la convocatoria para el ejercicio 2015-2017 de las subvenciones en materia de formación de la oferta mediante ejecución de planes formativos dirigidos prioritariamente a personas trabajadoras ocupadas (en su actual versión dada por Orden HAC/43/2015, BO Cantabria de 25-11-2015.

2. Anular el artículo 3 de la Orden HAC/35/2015 de la citada Consejería, por la que se establecen las bases reguladoras y se aprueba la convocatoria para el ejercicio 2015-2017 de las subvenciones en materia de formación de la oferta mediante ejecución de planes formativos dirigidos prioritariamente a personas trabajadoras ocupadas (en su actual versión dada por Orden HAC/43/2015, BO Cantabria de 25-11-2015, en cuanto impone "*que las entidades de formación acreditadas ...) dispongan de instalaciones en el territorio de la comunidad autónoma de Cantabria debidamente inscritas/acreditadas.*"

3- Imponer las costas procesales causadas en esta instancia 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.