



Roj: **SAN 3247/2019** - ECLI: **ES:AN:2019:3247**

Id Cendoj: **28079230062019100268**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **17/07/2019**

Nº de Recurso: **19/2017**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Contencioso**

Ponente: **FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000019 / 2017

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

Núm. Registro General: 04601/2017

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

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

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

SENTENCIA Nº:

Ilma. Sra. Presidente:

D^a. BERTA SANTILLAN PEDROSA

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO

D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

D. SANTOS GANDARILLAS MARTOS

D. RAMÓN CASTILLO BADAL

Madrid, a diecisiete de julio de dos mil diecinueve.

VISTO el presente recurso contencioso-administrativo núm. 19/17 promovido por el Abogado del Estado en representación de la **COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA (CNMC)** contra los apartados Tercero, Sexto y Octavo.2 de la Orden de 30 de diciembre de 2016, de la Consejería de Economía, Empleo y Hacienda de la Comunidad de Madrid, por la que se convocan subvenciones para la financiación de acciones de formación 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 para el año 2017. Ha sido parte demandada la Comunidad Autónoma de Madrid.

ANTECEDENTES DE HECHO

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

SEGUNDO .- Emplazada dicha parte para que formalizase la demanda, y presentada ésta, interesaba en su suplico el Abogado del Estado se dictase sentencia por la que se declare "... la nulidad de los apartados Tercero, Sexto y Ocho.2 de la Orden de 30 de diciembre de 2016, de la Consejería de Economía, Empleo y Hacienda de la Comunidad de Madrid, por la que se convocan subvenciones para la financiación de acciones de formación 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 para el año 2017, con expresa condena en costas de la demandada, ex art. 139 LJCA ".

TERCERO.- Co ntestada la demanda por la representación procesal de la Comunidad Autónoma de Madrid, y planteada por esta la posible inadmisibilidad del recurso por extemporáneo, se acordó oír al Abogado del Estado sobre esta cuestión con el resultado que obra en autos.

CUARTO .- Pendiente el recurso de señalamiento para votación y fallo cuando por turno le correspondiese, se fijó para ello la audiencia del día 5 de junio de 2019, en que tuvo lugar.

Ha sido ponente el Ilmo. Sr. D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

1.- Con fecha 26 de enero de 2017 se publicó en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid (número 22) extracto resumen de la Orden de 30 de diciembre de 2016, de la Consejería de Economía, Empleo y Hacienda de la Comunidad de Madrid, por la que se convocan subvenciones para la financiación de acciones de formación 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 para el año 2017.

2.- El 24 de febrero de 2017 se presentó ante la Secretaría del Consejo para la Unidad de Mercado (SECUM), y frente la referida Orden, la reclamación prevista en el artículo 26 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado (LGUM). Tal y como se resume en la demanda, los motivos de impugnación eran, en síntesis, los siguientes:

- limitación de los posibles beneficiarios a los centros de formación acreditados que sean titularidad de alguna administración local de la Comunidad de Madrid que tenga entre sus cometidos la promoción del empleo o el desarrollo de la formación profesional para el empleo.

- la exigencia de acreditación por parte de la administración autonómica de los beneficiarios contradice el principio de eficacia nacional.

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

3.- Emitido informe por la SECUM, por la Agencia de Defensa de la Competencia de Andalucía y por el Consejo Gallego de Competencia en el sentido que refleja el expediente, y ante la falta de resolución expresa, se notificó a la reclamante la desestimación presunta con fecha 30 de marzo de 2017.

4.- Finalizado el procedimiento del artículo 26 de la Ley 20/2013 , por escrito de 6 de abril de 2017 se presentó solicitud de interposición de recurso contencioso-administrativo del artículo 27 de la LGUM contra los apartados Tercero, Sexto y Octavo.2 de la Orden. Ante dicha solicitud la CNMC, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 44 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa , formuló con fecha 14 de julio de 2017 y ante la Comunidad Autónoma de Madrid requerimiento de anulación de los referidos apartados por los motivos que especificaba. El requerimiento fue respondido por la Comunidad en el sentido de comprometerse a iniciar los trámites para modificar las disposiciones generales de la Orden de 17 de junio de 2016, que amparaba las convocatorias de la CAM e imponía la exigencia de acreditación y registro en dicha Comunidad Autónoma para ser beneficiaria de ayudas para impartir formación profesional para el Empleo; y, en cuanto a la exigencia de que los solicitantes dispusieran de un centro de formación en el territorio de la CAM, se remitía a lo que se decidiera en la cuestión de inconstitucionalidad planteada por esta Audiencia Nacional sobre el artículo 18.2ª.1º de la LGUM. No obstante, lo cual, con fecha 12 de julio de 2017 el Consejo de la CNMC interpuso el recurso contencioso-administrativo que dio origen a los presentes autos.

SEGUNDO .- 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 apartados Tercero, Sexto y Octavo.2 de la Orden de 30 de diciembre de 2016, de la Consejería de Economía, Empleo y Hacienda, por la que se convocan subvenciones para la financiación de acciones de formación para los 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 para el año 2017.

Destaca que, en particular, el apartado Tercero de la Convocatoria limita los potenciales beneficiarios en los siguientes términos:

" 1. Podrán ser beneficiarios de las subvenciones convocadas en la presente orden los centros de formación acreditados por la administración pública competente, para impartir formación profesional para el empleo de certificados de profesionalidad, en la Comunidad de Madrid, cuyos titulares jurídicos sean Corporaciones Locales, sus Organismos Autónomos o sus Sociedades o Entidades Públicas Empresariales dependientes o vinculados y las Mancomunidades, que tengan entre sus cometidos la promoción del empleo o el desarrollo de la formación profesional para el empleo.

2. Las entidades solicitantes de subvención deberán encontrarse, en la fecha de la convocatoria, de alta en el Registro de centros y entidades de formación acreditados para impartir formación profesional de certificado de profesionalidad en la Comunidad de Madrid, quedando excluidos todos aquellos que se encontraren, en la precitada fecha, en baja definitiva en el citado registro cualquiera que fuere su causa"

Además, pone de relieve que el apartado Sexto exige la presentación, entre otra documentación, de un Anexo (Anexo II) con la declaración responsable de la experiencia del centro acreditado en la impartición de formación profesional y de la copia compulsada de los documentos acreditativos de la situación en la que se encuentra el centro de formación respecto de la implantación de un modelo de calidad, así como que los certificados relativos al sistema o modelo de calidad deben contener expresamente la dirección del centro de formación.

Y, en cuanto al apartado Octavo, sobre *Criterios objetivos para el otorgamiento de la subvención*, transcribe los siguientes pasajes del apartado 2 por su incidencia en las limitaciones impuestas por la Ley 20/2013:

" Criterio 1.- Experiencia global del centro de formación en la impartición de formación profesional para el empleo de cualquier área profesional, excluida la formación propia del sistema educativo o formación profesional de grado. Hasta un

máximo de 5 puntos.

Se valorará el número de horas de formación profesional para el empleo de carácter presencial efectivamente impartidas por el centro de formación en el marco del programa de Convenios de Colaboración para la formación entre la Comunidad de Madrid y Corporaciones Locales o sus organismos dependientes, de los años 2012/2013. En el caso de centros de formación que no hubieran tenido experiencia en dicho programa, se les puntuará con el valor mínimo obtenido por los participantes. La formación a valorar será, siempre y en todo caso, la impartida en la modalidad presencial en las instalaciones que el centro de formación tiene acreditadas ante la Dirección General de Formación de la Consejería de Economía, Empleo y Hacienda.

Criterio 2.- Evaluación global del centro de formación obtenida por la impartición de acciones de formación, en el marco del programa de Convenios de Colaboración para la formación entre la Comunidad de Madrid y Corporaciones Locales o sus organismos dependientes, de los años 2012/2013. Hasta un máximo de 5 puntos.

(...)

Criterio 3.- Situación del centro de formación en la fecha de publicación de la presente convocatoria, respecto de la implantación de un sistema o modelo de calidad. Hasta un máximo de 4 puntos".

Partiendo del tenor literal de dichos apartados, concluye que la convocatoria impone como condiciones para ser beneficiario de la subvención que los centros de formación: (i) sean titularidad de alguna administración local del ámbito territorial de la administración convocante; y que (ii) se encuentren acreditados en la Comunidad de Madrid. Y, respecto de los criterios de valoración, incluye la experiencia de los centros de formación de cada entidad en convocatorias anteriores.

Analiza a continuación las limitaciones que derivan de la aplicación de la LGUM, y advierte que las limitaciones relacionadas con la exigencia de acreditación o inscripción en la Comunidad de Madrid afectan al principio de eficacia nacional de la inscripción de entidades formativas, al impedir que entidades inscritas en otras Comunidades Autónomas que presten o puedan prestar servicios en su territorio puedan beneficiarse de las subvenciones convocadas, pues la diferenciación en función de la comunidad autónoma de acceso a la actividad de la entidad de formación despoja, dice, de eficacia la acreditación ante otras autoridades competentes.

Se remite en este punto, además, a lo dispuesto en el artículo 15.4 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, según el cual *"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"*.

Denuncia la privación de validez que el apartado controvertido implica respecto de las inscripciones en los demás registros autonómicos, con la consiguiente discriminación causada a las empresas inscritas en ellos; si bien el Abogado del Estado advierte de la incidencia que sobre esto tiene la anulación por el Tribunal Constitucional de los artículos 6, 19 y 20 de la LGUM, por lo que reconoce que *"el recurso no deberá hacer referencia a la infracción de los mismos ni a la del principio de eficacia nacional"*, lo cual le lleva a insistir en la afectación al principio de no discriminación invocando el artículo 18.2.a) 1º de la LGUM pues entiende que deviene discriminatoria para poder acceder o ejercer una actividad económica la exigencia de que el establecimiento o el domicilio social de la empresa prestadora del servicio se encuentre en el territorio de la autoridad competente, o que la empresa disponga de un establecimiento físico dentro de su territorio. Y traslada esta exigencia al supuesto de autos suponiendo que, al requerir que existan instalaciones en el territorio de la Administración convocante, se infringe el principio de no discriminación.

Supone de este modo que, al condicionar la obtención de una ventaja económica a contar con un establecimiento físico dentro del territorio, se produce una discriminación para los operadores que no lo tienen en el momento de convocar las subvenciones, pero que podrían tenerlo al desarrollar las actividades formativas.

Se refiere también al apartado f) del artículo 18 de la LGUM, que interpreta en el sentido de 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, lo que se traduce, en el caso de autos, en que la Administración otorgante de la subvención puede exigir que los fondos públicos fueran destinados a impartir formación a trabajadores, autónomos o empresas residentes o domiciliados en la Comunidad de Madrid, respetándose así el criterio de territorialidad en el destino de la subvención, sin que sea necesario limitar los beneficiarios de las subvenciones a las empresas y centros de formación con instalaciones en su propio territorio.

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).

Y concluye, a la vista de todo ello, que *"... la exigencia de que la entidad beneficiaria se encuentre inscrita o acreditada en la Comunidad de Madrid resulta también contraria al principio de no discriminación del artículo 18 LGUM"*.

Por último, destaca que, no obstante el compromiso adoptado por la Comunidad de Madrid ante el requerimiento de la CNMC de iniciar los trámites para modificar las disposiciones generales de la Orden de 17 de junio de 2016, que ampara las convocatorias de la Comunidad de Madrid, y que impone la exigencia de acreditación y registro en dicha Comunidad Autónoma para ser beneficiaria de ayudas para impartir formación profesional para el Empleo, es lo cierto que a la fecha de presentación de la demanda no se había modificado la Orden en dicho sentido.

TERCERO .- Antes de analizar si concurren o no los motivos de impugnación que esgrime la CNMC en su demanda ha de abordarse la alegación de inadmisibilidad del recurso por extemporáneo que opone la Comunidad de Madrid y que sustenta en que mediante escrito de 6 de abril de 2017 se presentó solicitud de interposición de recurso contencioso administrativo al amparo del art. 27 LGUM, por lo que la CNMC tenía un plazo de dos meses para interponer el recurso de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 127. Bis, apartado 2, de la LJCA, según el cual *"El plazo para interponer el recurso contencioso-administrativo para la garantía de*

la unidad de mercado será de dos meses conforme a lo previsto en los apartados 1 a 3 del artículo 46. Cuando el recurso se interponga a solicitud de un operador económico el plazo de dos meses se computará desde la presentación de la solicitud ante la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia". Comoquiera que el recurso se presentó el 31 de julio de 2017, resultaría extemporáneo.

Rechaza que pueda obviarse esta causa de inadmisibilidad por haberse formulado el requerimiento previo de anulación que regula el artículo 44 de la LJCA pues, a su juicio, resultaba improcedente al contemplarse solo para los procedimientos ordinario y abreviado de la Ley jurisdiccional, no para el especial de los artículos 127 bis y siguientes, sobre garantía de la unidad de mercado.

Sobre la aplicabilidad en el procedimiento especial de garantía para la unidad de mercado del artículo 44 de la LJCA nos hemos pronunciado en sentencia de 28 de noviembre de 2018, recurso núm. 757/2015, en los siguientes términos:

"SEPTIMO.- Expuestas las distintas alegaciones formuladas por las partes personadas en este proceso, debemos analizar de forma previa la causa de inadmisibilidad invocada por las defensas de las corporaciones profesionales que han comparecido como partes codemandadas y ello porque su estimación haría innecesario el examen del resto de las cuestiones planteadas en este proceso.

En este sentido las partes codemandadas interesan la inadmisibilidad del recurso contencioso administrativo porque consideran que se ha interpuesto por el Abogado del Estado, en defensa y en representación de la CNMC, habiendo superado el plazo de los dos meses a que alude el artículo 127.2 bis, párrafo segundo, de la LJCA que dispone, en lo que ahora interesa: "Cuando el recurso se interponga a solicitud de un operador económico el plazo de dos meses se computará desde la presentación de la solicitud ante la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia".

Una correcta determinación de la cuestión jurídica debatida exige concretar cuáles han sido las actuaciones realizadas por la CNMC antes de interponer el presente recurso contencioso administrativo para poder así dilucidar cuál es el día inicial del cómputo del plazo de los dos meses para interponer el indicado recurso. Así resulta del expediente administrativo que:

1. El Colegio de Ingenieros Técnicos Industriales de Barcelona presentó en fecha 6 de junio de 2014 en la CNMC un escrito en el que solicitaba la impugnación del Decreto 67/2015 por entender que de él se derivaban obstáculos al mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado de prestación de servicios profesionales consistentes en la inspección técnica de edificios de viviendas en el marco del procedimiento previsto en el artículo 27 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la Unidad de mercado.

2. A la vista de dicho escrito, la CNMC, y al amparo del artículo 27 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, en relación con el artículo 44 de la LJCA dirigió en fecha 6 de julio de 2015 a la Generalitat de Catalunya un requerimiento previo a la interposición del recurso contencioso administrativo por entender que el artículo 7.4 del Decreto 67/2015, de 5 de mayo, era contrario a la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía para la unidad de mercado.

3. Requerimiento previo que no obtuvo respuesta y se entendió rechazado por el mero transcurso del plazo de un mes.

4. Posteriormente, en fecha 26 de octubre de 2015, la CNMC interpuso recurso contencioso administrativo por los trámites del procedimiento especial para la garantía de la unidad de mercado.

Corresponde a esta Sección analizar cómo se efectúa el cómputo del plazo para la interposición del recurso contencioso administrativo por los trámites del procedimiento especial para la garantía de la unidad de mercado previsto en la LJCA. Es este un procedimiento especial que únicamente puede interponerse por la CNMC frente a cualquier disposición general, acto, actuación, inactividad o vía de hecho que se considere contraria, en los términos previstos en la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, a la libertad de establecimiento o de circulación procedente de cualquier autoridad competente - artículo 27.1 de la Ley 20/2013, de garantía de la unidad de mercado-

Y la CNMC legitimada para interponer dicho recurso puede actuar de oficio o a petición de los operadores económicos que podrán dirigirse a la misma antes de iniciar un procedimiento contencioso administrativo (art. 27.2 de la Ley 20/2013). Y en este último caso la CNMC valorará en el plazo de cinco días si procede la interposición del recurso contencioso administrativo informando al operador de su decisión. La CNMC es la única legitimada para interponer el recurso contencioso administrativo por los trámites del procedimiento especial de garantía de la unidad de mercado aunque actúe a solicitud de un operador económico y considere, no obstante, procedente su interposición. En este caso, la CNMC, haciendo uso de las facultades previstas en el artículo 44 de la LJCA, optó de forma previa a la interposición del recurso contencioso administrativo, dirigir a la Generalitat de Catalunya un requerimiento previo a la interposición del recurso contencioso administrativo. Requerimiento

previo que, de acuerdo con el artículo 46.6 de la LJCA, implica que el plazo de los dos meses para la interposición del recurso debe iniciar su computo a partir del día siguiente a aquel en que se reciba la comunicación del acuerdo expreso o se entienda presuntamente rechazado el requerimiento previo formulado por la CNMC para interponer el recurso contencioso administrativo y ello con independencia de que actué de oficio o a instancia de un operador económico. Y ello porque como quien interpone el citado recurso es única y exclusivamente la CNMC, dada su naturaleza jurídica, puede efectuar el requerimiento previo del artículo 44 de la LJCA previsto en los litigios entre Administraciones Públicas.

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 a la Generalitat de Catalunya, 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 si ha respetado el plazo de los dos meses toda vez que su computo debe iniciarse desde la fecha en que se entiende desestimado presuntamente el requerimiento previo formulado a la Generalitat de Catalunya. Y en este caso habiéndose formulado el requerimiento a la Generalitat de Cataluña en fecha 6 de julio de 2015 debemos entender que se ha rechazado presuntamente en el plazo de un mes - al menos, en fecha 6 de agosto porque se desconoce la fecha exacta en que se recibió por la Generalitat de Catalunya- y comienza en esa fecha el computo 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 26 de octubre de 2015 debemos concluir que se ha respetado el plazo de los dos meses toda vez que el mes de agosto es inhábil a los efectos de la interposición del recurso contencioso administrativo".

Criterio que procede mantener ahora y que obliga a rechazar la pretendida extemporaneidad del recurso.

CUARTO .- Como pone de manifiesto el Abogado del Estado, quedan fuera del debate las referencias a la infracción del artículo 20 de la LGUM por cuanto 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 que asimismo invoca el Abogado del Estado.

Es conveniente hacer notar aquí que el Tribunal Constitucional, en sentencia 121/2018, de 31 de octubre, ha desestimado la cuestión de inconstitucionalidad que había planteado esta Sección en el recurso 156/2016 respecto del artículo 18.2.a) 1 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre , por posible vulneración de los artículos 149.1.1 y 149.1.7 CE . Entendía la Sección que dicho precepto de la Ley que regula el Procedimiento para la Garantía de Unidad de Mercado, directamente aplicable también a éste caso, pudiera invadir la competencia autonómica de ejecución de la legislación estatal en materia laboral en relación con una orden de la Comunidad Autónoma de Aragón de convocatoria de subvenciones para la ejecución de planes de formación dirigidos prioritariamente a trabajadores ocupados del plan de formación de empleo de dicha Comunidad.

Resuelve 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."*

Por lo tanto, confirmada la constitucionalidad del precepto, es preciso examinar el contenido concreto de las disposiciones objeto de impugnación.

El antes transcrito apartado Tercero de la Orden de 30 de diciembre de 2016, por la que se convocan subvenciones 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 para el año 2017, limita, como ya vimos, los beneficiarios potenciales de la subvención. El apartado Sexto exige la presentación, entre otra documentación, de un Anexo con la declaración responsable de la experiencia del centro acreditado en la impartición de formación profesional y de la copia compulsada de los documentos acreditativos de la situación en la que se encuentra el centro de formación respecto de la implantación de un modelo de calidad, siendo así que los certificados relativos al sistema o modelo de calidad, deben contener expresamente la dirección del centro de formación. Y el apartado Octavo.2 se refiere a los criterios objetivos para el otorgamiento de la subvención, que también hemos transcrito antes.

Esta Sección ha resuelto en sentencia de 28 de diciembre de 2018 el recurso núm. 18/2017 , seguido por este mismo procedimiento de la LGUM y dirigido contra los apartados 4 y 8.3 de la Orden de 30 de diciembre de 2016, de la Consejería de Economía, Empleo y Hacienda de la Comunidad de Madrid, por la que se convocan subvenciones para la financiación de acciones de formación profesional para el empleo, con compromiso de contratación de trabajadores desempleados, a impartir por centros inscritos y/o acreditados de la Comunidad de Madrid para el año 2017.

El fundamento de dicho recurso descansaba en las mismas consideraciones que ahora amparan la reclamación de la CNMC. Y la sentencia, que lo estima y anula los apartados cuestionados, de contenido del todo similar a los que se impugnan aquí, razonaba del siguiente modo:

"El apartado 4 de la Orden de 30 de diciembre de 2016, por la que se convocan subvenciones para la financiación de acciones de formación profesional para el empleo, con compromiso de contratación de trabajadores

desempleados, a impartir por centros inscritos y/o acreditados de la Comunidad de Madrid para el año 2017, limita los potenciales beneficiarios en los siguientes términos:

"Cuarto.- Beneficiarios

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

Esta exigencia está prevista en el artículo 5.1 de la Orden de 17 de junio de 2016, de la Consejera de Economía, Empleo y Hacienda por la que se establecen las disposiciones generales que regulan la concesión de subvenciones a los centros de formación inscritos y o acreditados de la Comunidad de Madrid, para financiar la impartición de acciones de formación profesional con compromiso de contratación de trabajadores desempleados, publicadas en el BOOM n° 163, de 11 de julio de 2016, cuyo tenor literal es el siguiente: "Podrán ser beneficiarios de las ayudas: Las entidades y centros de formación inscritos y/o acreditados en la Comunidad de Madrid, en la fecha de la publicación de la correspondiente convocatoria, para impartir formación profesional para el empleo en alguna de las especialidades incluidas en el Fichero de Especialidades Formativas cuya gestión corresponde al Servicio Público de Empleo Estatal, activas para su impartición en la Comunidad de Madrid, que, expresamente asuman por sí mismas o con la colaboración de terceros el compromiso de contratación de las personas que finalicen la formación, en el porcentaje, forma y condiciones que se establezca en la correspondiente convocatoria."

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

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

b) La financiación solo de acciones

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

3. Criterios objetivos para la determinación de la puntuación:

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

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

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

(...)

Criterio 3. Evaluación específica, del centro de formación correspondiente a la especialidad o acción formativa objeto de valoración, obtenida por la impartición de acciones formativas de la misma, en el marco de las convocatorias de ayudas de los años 2013 y 2014, establecidas en la Orden 3306/2013, de 13 de junio, de la Consejera de Empleo, Turismo y Cultura, por la que se convocan subvenciones para la financiación de

acciones de formación de oferta conducentes a la obtención de certificados de profesionalidad, dirigidas prioritariamente a trabajadores desempleados, en la Orden 16140/2014, de 3 de septiembre, por la que se convocan subvenciones para la financiación de acciones de formación de oferta conducentes a la obtención de certificados de profesionalidad, dirigidas prioritariamente a trabajadores desempleados en el marco del subsistema de formación para el empleo para el año 2014, y en la Orden 5875/2013, de 12 de septiembre, de la Consejera de Empleo, Turismo y Cultura, por la que se convocan para el año 2013 subvenciones para la financiación de las actuaciones incluidas en el programa específico para desempleados, de formación y prácticas profesionales asociadas para la inserción laboral, y se establece el procedimiento para su concesión. Hasta un máximo de 4 puntos.

(...)

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

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

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

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

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

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

De éste modo, los preceptos impugnados configuran unos requisitos discriminatorios al acceso o ejercicio de una actividad económica pues el art. 18.2.a) 1 de la Ley 20/2013 contempla como requisitos discriminatorios para el acceso a una actividad económica o su ejercicio, para la obtención de ventajas económicas o para la adjudicación de contratos públicos, aquellos basados directa o indirectamente en el lugar de residencia o establecimiento del operador.

Al condicionar la Orden de convocatoria la obtención de una ventaja económica a disponer de un establecimiento físico dentro del territorio, se discrimina a los operadores que no lo tienen en el momento de convocar las subvenciones, pero que podrían tenerlo al desarrollar las actividades formativas. Una cosa es imponer requisitos vinculados a la instalación o infraestructura física propiamente dicha (p.ej. para garantizar la protección del medio ambiente y el entorno urbano, la seguridad o salud públicas o bien el patrimonio histórico-artístico) que podrían tener justificación legal, y otra exigir requisitos ligados a la actividad económica desarrollada en o a través de dicha instalación física, pues discrimina a otros operadores exclusivamente por ese dato.

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

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

Tal exigencia, vulnera el artículo 18.2.a de la LEGUM, cuyo punto 1º, expresamente dispone que la exigencia de disponer de establecimiento, domicilio social o establecimiento físico en el territorio de la autoridad competente constituye un requisito discriminatorio y, por lo tanto, es contraria al libre establecimiento y a la libre circulación. Además, la letra h) del apartado 2, considera contraria a la libre iniciativa económica imponer requisitos que contengan la obligación de haber realizado inversiones en el territorio de la autoridad competente pues a ello conduce la exigencia de contar con un centro de formación en el territorio de la Administración convocante de las ayudas.

La Comunidad de Madrid no invoca y, tampoco la aprecia la Sala, razón objetiva alguna, al margen de la meramente territorial, que justifique la diferencia de trato, la cual incide modo directo en las "... actuaciones que limitan el libre establecimiento y la libre circulación por no cumplir los principios recogidos en el Capítulo II" de la Ley 20/2013, a las que se refiere en su artículo 18.2, pues, "para la obtención de ventajas económicas..." implica "... la exigencia de requisitos de obtención de una autorización, homologación, acreditación, calificación, certificación, cualificación o reconocimiento, de presentación de una declaración responsable o comunicación o de inscripción en algún registro para acreditar la equivalencia de las condiciones que reúne el operador establecido en otro lugar del territorio con los requisitos exigidos para la concesión de dichas ventajas económicas", en los términos literales que prevé el apartado f) de dicho artículo.

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

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

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

Las consideraciones expuestas en esta sentencia son plenamente trasladables a los apartados Tercero y Octavo.2 de la Orden recurrida, y deben por tanto conducir a la anulación de los referidos apartados.

Valoración distinta merece la impugnación del apartado Sexto de la Orden de 30 de diciembre de 2016, del que se interesa en el suplico de la demanda se declare su nulidad sin precisar cuál de sus menciones o referencias concretas pudiera estar afectada por esa nulidad.

Es cierto que en la fundamentación jurídica de la demanda se dice, tras transcribir parte de este apartado, que "El apartado Sexto exige la presentación, entre otra documentación, de un Anexo (Anexo II) con la declaración responsable de la experiencia del centro acreditado en la impartición de formación profesional y de la copia compulsada de los documentos acreditativos de la situación en la que se encuentra el centro de formación respecto de la implantación de un modelo de calidad. Los certificados relativos al sistema o modelo de calidad deben contener expresamente la dirección del centro de formación".

Sin embargo, la exigencia de estos documentos no tiene, necesariamente, el alcance que le atribuye el Abogado del Estado. En efecto, anulados los apartados Tercero y Octavo.2 por incidir en las limitaciones que prevé el artículo 18.2.a).1 de la Ley 20/2013, como hemos expuesto antes, no puede decirse que la necesidad de aportar los documentos a que se refiere el Anexo II resulte, por sí sola, discriminatoria para el acceso a la actividad económica o su ejercicio, toda vez que puede tener una finalidad distinta y válida. No es, por tanto, el mero requerimiento de la documentación lo que pudiera suponer una restricción discriminatoria, sino la finalidad perseguida con ello -acreditar el domicilio o la existencia de establecimiento en el territorio de la Comunidad con el fin de dispensar un trato preferente y materializar, en suma, la restricción de acceso a la actividad económica que prohíbe la norma-

QUINTO .- *Procede, en consideración a cuanto venimos razonando, la estimación parcial del recurso y la anulación de los apartados Tercero y Octavo.2 de la Orden de 26 de diciembre de 2016, aquí recurrida, por ser contrarios a Derecho. Sin que, de conformidad con lo establecido en el artículo 139.1 de la Ley jurisdiccional, haya de hacerse una especial imposición de las costas procesales de esta instancia.*

VISTOS los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación

FALLAMOS

1.- Estimar en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Abogado del Estado en representación de la **COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA (CNMC)** contra los apartados Tercero, Sexto y Ocho.2 de la Orden de 30 de diciembre de 2016, de la Consejería de Economía, Empleo y Hacienda de la Comunidad de Madrid, por la que se convocan subvenciones para la financiación de acciones de formación 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 para el año 2017.

2.- Anular los apartados Tercero y Octavo.2 de la referida Orden por ser contrarios a Derecho.

Sin hacer expresa imposición de costas.

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

Lo que pronunciamos, mandamos y firmamos.

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

En Madrid a 22/07/2019 doy fe.