



Roj: **SAN 4823/2019** - ECLI: **ES:AN:2019:4823**

Id Cendoj: **28079230062019100435**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **23/12/2019**

Nº de Recurso: **8/2017**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Contencioso**

Ponente: **RAMON CASTILLO BADAL**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000008 /2017

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

Núm. Registro General: 01621/2017

Demandante: Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia

Letrado: ABOGADO DEL ESTADO

Demandado: GOBIERNO DE CANTABRIA

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. RAMÓN CASTILLO BADAL

SENTENCIA Nº:

Ilma. Sra. Presidente:

D^a. BERTA SANTILLAN PEDROSA

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

D. SANTOS GANDARILLAS MARTOS

D. RAMÓN CASTILLO BADAL

Madrid, a veintitres de diciembre de dos mil diecinueve.

VISTO por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, el recurso contencioso-administrativo núm. 8/2017, 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 **Servicio Cántabro de Empleo** de 9 de noviembre de 2016, por la que se desestima la reclamación interpuesta al amparo del artículo 26 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado contra los artículos 2 a) y 10.6 apartados a), b) y f) de la Orden HAC/35/2016 de 25 de agosto de 2016, por la que se establecen las bases reguladoras de las subvenciones en materia de formación de oferta, en modalidad presencial, consistentes en la ejecución de acciones formativas dirigidas prioritariamente a personas trabajadoras desempleadas en Cantabria.

Y como Administración demandada ha comparecido, el Gobierno de Cantabria representado y asistido por el Abogado 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 declare la nulidad de:

*"La Resolución del **Servicio Cántabro de Empleo** de 9 de noviembre de 2016 por la que se desestima la reclamación del artículo 26 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado (LGUM), salvo en lo relativo a su apartado 9º y referente al artículo 17 de la Orden HAC/35/2016, que se entiende ajustado a Derecho.*

Los artículos 2 a) y 10.6 apartados a), b) y f) de la Orden HAC/35/2016 de 25 de agosto de 2016 (Boletín Oficial de Cantabria nº 173 de 07.09.2016), por la que se establecen las bases reguladoras de las subvenciones en materia de formación de oferta, en modalidad presencial, consistentes en la ejecución de acciones formativas dirigidas prioritariamente a personas trabajadoras desempleadas en Cantabria."

SEGUNDO.- El Letrado del Gobierno de Cantabria contestó a la demanda mediante escrito en el que suplicaba se dicte sentencia por la que se inadmitiese el recurso por ser extemporáneo, por falta de agotamiento de la vía administrativa previa y porque, al no agotar la resolución recurrida la vía administrativa al ser susceptible de recurso de alzada, la resolución de 9 de noviembre de 2016, del Consejero de Economía, Hacienda y **Empleo** del Gobierno de Cantabria ha devenido en acto firme y consentido.

Subsidiariamente, que se confirmasen los actos recurridos en todos sus extremos.

TERCERO.- Mediante auto de 25 de septiembre de 2017, sin necesidad de abrir el periodo probatorio, se tuvieron por reproducidos los documentos aportados por la recurrente en su escrito de demanda sin prejuzgar sobre su valoración a efectos probatorios.

CUARTO.- Posteriormente quedaron las actuaciones pendientes de votación y fallo señalándose para ello el día 25 de septiembre de 2019.

Siendo ponente el Ilmo. Sr. D. Ramón Castillo Badal, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En el presente recurso contencioso administrativo el Abogado del Estado, en representación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia interpone recurso contencioso administrativo al amparo del procedimiento especial para la garantía de la unidad de mercado contra la Resolución del **Servicio Cántabro de Empleo** de 9 de noviembre de 2016, por la que se desestima la reclamación formulada conforme al artículo 26 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado (LGUM), salvo en lo relativo a su apartado 9º y referente al artículo 17 de la Orden HAC/35/2016, que se entiende ajustado a Derecho.

Solicita asimismo la nulidad de los artículos 2 a) y 10.6 apartados a), b) y f) de la Orden HAC/35/2016 de 25 de agosto de 2016, por la que se establecen las bases reguladoras de las subvenciones en materia de formación de oferta, en modalidad presencial, consistentes en la ejecución de acciones formativas dirigidas prioritariamente a personas trabajadoras desempleadas en Cantabria.

SEGUNDO.- El Abogado del Estado, en defensa de la CNMC, solicita en su escrito de demanda la nulidad de los preceptos indicados por entender que:

A) según se desprende del art. 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, una vez inscrita una entidad formativa en cualquiera de los registros autonómicos existentes en España (inscripción en Comunidad de origen), no resulta exigible su inscripción en todos y cada uno de los registros del resto de comunidades autónomas en las que vaya a prestar sus **servicios**.

Además, recuerda que el artículo 8.3.a) de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, establece que la gestión de las subvenciones se realizará de acuerdo con los principios de publicidad, transparencia, concurrencia, objetividad, igualdad y no discriminación.

A su juicio, la exigencia de acreditación o inscripción en el Registro Autonómico de Centros y Entidades de Formación Profesional para el **Empleo** de Cantabria o bien en el **Servicio** Público de **Empleo** Estatal vulnera el citado principio de eficacia nacional del art. 20.1 de la LGUM, al impedir que entidades inscritas en otras Comunidades Autónomas que deseen prestar **servicios** en Cantabria, y cuya inscripción en el **Servicio** Público de **Empleo** Estatal no resulte exigible, puedan beneficiarse de las subvenciones convocadas.



Por otra parte, la no admisión como beneficiarias en la convocatoria cántabra a las entidades formativas inscritas en otras Comunidades Autónomas resulta contraria al principio de no discriminación del artículo 18. 2 f) de la Ley.

B). En cuanto a la exigencia de experiencia previa en anteriores convocatorias del **servicio cántabro de empleo** (artículo 10.6. a) y b).

Dice el Abogado del Estado que en los criterios valorativos de las letras a) y b) del artículo 10.6 de la convocatoria se fijan parámetros de valoración directamente vinculados a la Comunidad Cántabra: la puntuación recibida por las entidades formativas en anteriores convocatorias de formación de la Comunidad autónoma (hasta 25 puntos, según letra a) del apartado 6 del artículo 10) y la experiencia acreditada en la impartición de anteriores acciones de formación en la misma comunidad autónoma (hasta 12 puntos, según letra b) del apartado 6 del artículo 10).

Por tanto, la convocatoria objeto de reclamación únicamente está considerando la experiencia adquirida por las entidades de formación en territorio **cántabro**, discriminando a las entidades formativas de otras Comunidades Autónomas sin instalaciones, actividad previa o centros de formación en Cantabria, puesto que únicamente las entidades inscritas o con actividad previa en dicha Comunidad podrán acreditar la experiencia requerida en la convocatoria.

Para cumplir con el principio de no discriminación de la LGUM, hubiera bastado con exigirse a los solicitantes de la subvención la acreditación de determinados niveles de inserción y formación de alumnos, pero no asociados al territorio autonómico concreto y a anteriores convocatorias de ayudas del **Servicio Cántabro de Empleo**.

Por tanto, la exigencia de experiencia previa en Cantabria con relación a anteriores convocatorias de ayudas de dicha Comunidad (letras a) y b) del apartado 6 del artículo 10 de la convocatoria) resulta contraria al principio de no discriminación del apartado 18 LGUM.

C) En cuanto a la exigencia de presentar una certificación propia de la Comunidad convocante (del CAT Cantabria) para acreditar la accesibilidad de los centros de formación (artículo 10.6.f).

Dice el Abogado del Estado que el otorgamiento de una mayor valoración o puntuación a un certificado o sistema de calidad autonómico por encima de otros de idéntica o similar naturaleza o finalidad resulta contrario al principio de eficacia nacional.

Así, la letra f) del artículo 10.6 de la convocatoria, limita la obtención de puntuación en materia de accesibilidad a la presentación de acreditaciones emitidas, única y exclusivamente, por el Centro de Accesibilidad y Ayudas Técnicas del Gobierno de Cantabria (CAT Cantabria).

El CAT CANTABRIA es un centro dependiente del Instituto **Cántabro de Servicios** Sociales, de los previstos por el artículo 16 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia. Se trata de un centro dedicado a potenciar actuaciones que favorezcan la calidad de vida mediante la autonomía personal.

Sin embargo, la accesibilidad es un elemento incluido expresamente en el Informe de Evaluación de los Edificios (IEE) por el artículo 29 del el Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana (TRLR).

Por tanto, la exigencia en la convocatoria de un certificado procedente exclusivamente del CAT CANTABRIA resultaría innecesaria y desproporcionada en los supuestos en que el edificio dispusiera ya de un Informe de Evaluación de los Edificios (IEE).

En cualquier caso, podría plantearse no como requisito de acceso a la subvención sino como requisito de ejercicio, objeto de control a posteriori por parte de la Administración cántabra.

Por tanto, no cabe alegar el artículo 20.4 LGUM como exención que justifique el monopolio o exclusividad del certificado CAT Cantabria sobre el propio Informe de Evaluación del Edificio previsto por la normativa sectorial y dentro del cual se analizan también las condiciones de accesibilidad.

Reconoce, por último, que no se aprecia trato discriminatorio en el artículo 17.1 de la Orden HAC/35/2016, a pesar de que el reclamante señalaba que la exclusión de las personas jurídicas del régimen de subcontratación efectuada en el artículo 17.1 de la Orden HAC/35/2016 resulta contraria a la prohibición de discriminación entre operadores del artículo 18 LGUM.

No se trata de una posible discriminación de carácter territorial sino, en todo caso, de posible trato desigual entre operadores personas físicas y operadores personas jurídicas, esto es, de un trato desigual basado en la diferente naturaleza del operador.





El trato diferencial no resulta discriminatorio al estar fundado en una causa legítima, es decir, al basarse en el artículo 14.2 de la Ley 30/2015 y en una razón imperiosa de interés general del artículo 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de **servicios** y su ejercicio: esto es, la protección de los derechos de los trabajadores, con el fin de evitar la cesión ilegal del artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores.

TERCERO.- Por el contrario, el Gobierno de Cantabria en su escrito de contestación a la demanda plantea, en primer lugar, la inadmisión del recurso por su extemporaneidad.

Explica que el 7 de octubre de 2016, se presentó la reclamación por la sociedad mercantil 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.

El Consejero de Economía, Hacienda y **Empleo** del Gobierno de la Comunidad Autónoma de Cantabria dictó Resolución el 9 de noviembre de 2016, desestimando la reclamación interpuesta, notificada a la SECUM el 10 de noviembre de 2016.

Desde esta fecha, dice, empieza a correr el plazo de cinco días establecido en el art. 26.8 LGUM para que el operador económico solicite a la CNMC la interposición de recurso contencioso-administrativo. Y, estos cinco días vencieron el 18 de noviembre de 2016.

Por tanto, a partir del 18 de noviembre de 2016 empieza a correr el plazo de dos meses para la interposición del correspondiente recurso contencioso-administrativo por la CNMC, que vence el 18 de enero de 2017. por lo que al haberse interpuesto el recurso el 21 de marzo de 2017, el mismo resulta extemporáneo conforme a lo dispuesto en el art. 46.1 de la LJCA.

A su juicio, no cabe la presentación del requerimiento del art. 44 porque el art. 127 bis.2 LJCA en cuanto al plazo de interposición del recurso contencioso-administrativo se remite exclusivamente a lo dispuesto en los apartados 1 a 3 del art. 46 LJCA. Para nada cita el apartado 6 del art. 46 LJCA relativo al plazo de interposición del recurso en caso de que hubiera precedido requerimiento previo ni se prevé la posibilidad de interponer un requerimiento previo por los trámites del art. 44 LJCA.

Procede en consecuencia declarar la inadmisibilidad del presente recurso, por extemporáneo, al amparo del art. 69.e) de la Ley Jurisdiccional.

Destaca en segundo lugar que es inadmisibile el recurso por no haberse agotado la vía administrativa ya que contra la resolución del Consejero cabía recurso de alzada ante el Consejo de Gobierno y se ha dejado firme por consentido el acto anterior.

En cuanto a la cuestión de fondo, en síntesis, respecto de la proporcionalidad del registro autonómico, art. 2.a) explica que, la Orden reguladora no vincula la obtención de la condición de beneficiario al previo registro, sino que permite que, junto con la solicitud de subvención, se solicite igualmente la acreditación de especialidades o se presente la correspondiente declaración responsable.

De aceptarse el criterio del Abogado del Estado, la competencia autonómica quedaría vacía de contenido, al no poder exigir que las entidades de formación impartan la misma en modalidad presencial en el territorio de la Comunidad Autónoma, para las personas demandantes de **empleo**, desempleadas, inscritas en una oficina de **empleo** de Cantabria.

Destaca, en segundo lugar, la proporcionalidad de los criterios de valoración territoriales (art. 10.a) b) y f), pues no supera el 37 % de la puntuación máxima.

Por último, sobre lo dispuesto en el ordinal f) del artículo 10.6 de la Orden HAC/35/2016, de 25 de agosto, argumenta que la impartición de la formación debe serlo necesariamente en Cantabria, difícilmente otra Comunidad Autónoma podrá pronunciarse sobre la accesibilidad de unas instalaciones que se ubiquen fuera de su ámbito territorial. Además, los certificados que emitan otras CCAA vinculados a una concreta instalación o infraestructura física no tienen eficacia de ámbito nacional, por expresa disposición del artículo 20.4 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre.

En cuanto al CAT Cantabria, se trata de un Centro dependiente del Instituto **Cántabro** de **Servicios** Sociales, organismo autónomo dependiente del Gobierno de Cantabria. Pertenece a la red de centros de asesoramiento e Información (CAI) que coordina el Centro Estatal de Autonomía Personal y Ayudas Técnicas (CEPAT). Y forma parte de la red de Centros de Información y Productos de Apoyo (I PROA) del Ministerio de Sanidad, **Servicios** Sociales e Igualdad. Es un centro dedicado a potenciar actuaciones que favorezcan la calidad de vida mediante la autonomía personal, con especial incidencia en personas con cualquier tipo de discapacidad



y las personas mayores, apostando por la accesibilidad Integral, el diseño para todos y la tecnología de apoyo para favorecer la vida independiente.

Por su carácter de centro público, goza de imparcialidad en el ejercicio de sus funciones, sirviendo con objetividad los intereses generales y actuando con pleno sometimiento al principio de legalidad.

CUARTO.- 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 9 de noviembre 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 9 de noviembre de 2016 quedó firme, por consentida, cuando ha sido recurrida tras el rechazo del requerimiento.

QUINTO.- Entrando a analizar la pretensión de nulidad de los preceptos que invoca el Abogado del Estado, debemos recordar que la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, en su art. 13 dice que "Podrán obtener la condición de beneficiario o entidad colaboradora las personas o entidades que se encuentren en la situación que fundamenta la concesión de la subvención o en las que concurren las circunstancias previstas en las bases reguladoras y en la convocatoria" y solo excluye de tal condición a las personas o entidades en las que concorra alguna de las circunstancias que menciona (condena penal o sanción administrativa, incumplimiento de obligaciones fiscales o con la Seguridad Social).

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

A partir de aquí, debemos analizar los preceptos impugnados. En primer lugar,

Artículo 2. Entidades beneficiarias.

1. Podrán ser beneficiarias de las subvenciones contempladas en esta orden, siempre que no incurran en ninguna de las causas previstas en el apartado 2 del artículo 13 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, ni en el apartado 2 del artículo 12 de la Ley de Cantabria 10/2006, de 17 de julio, de Subvenciones de Cantabria:

a) En formación dirigida a la obtención de certificados de profesionalidad, en modalidad presencial, las entidades de formación que cumplan alguno de los siguientes requisitos:





- Que estén en situación de alta en el Registro Autonómico de Centros y Entidades de Formación Profesional para el **Empleo** de la Comunidad Autónoma de Cantabria o del **Servicio** Público de **Empleo** Estatal, según corresponda, en las correspondientes especialidades formativas a fecha de publicación del extracto de la convocatoria en el «Boletín Oficial de Cantabria».

- Que la solicitud de acreditación de alguna de las especialidades formativas vinculadas a certificados de profesionalidad, contenidas en el Catálogo de Especialidades Formativas esté pendiente de resolución en la fecha de publicación del extracto de la convocatoria en el «Boletín Oficial de Cantabria», quedando supeditada la participación en la misma, a la obtención de la resolución positiva de la acreditación de las especialidades solicitadas, con carácter previo a la propuesta de resolución.

- Que presenten la solicitud de acreditación, simultáneamente a la solicitud de subvención, en el caso de que en el momento de presentar la solicitud de subvención no hayan solicitado la acreditación en la especialidad solicitada, quedando supeditada la participación en la misma, a la obtención de la resolución positiva de la acreditación de las especialidades solicitadas, con carácter previo a la propuesta de resolución."

A juicio de la Sala, el art. 2.1.a) de la convocatoria no vulnera el principio de eficacia nacional del art. art. 20.1 y 18.2.f no discriminación, dada la redacción del precepto.

Efectivamente, dice éste que pueden ser beneficiarias de las subvenciones contempladas en esta orden,

a) En formación dirigida a la obtención de certificados de profesionalidad, en modalidad presencial, las entidades de formación que cumplan alguno de los siguientes requisitos, y contempla tres supuestos

El primero es el que se considera contrario al principio de eficacia nacional, con forme al art. 20.1 de la Ley 20/2013, precepto que, sin embargo, ha sido declarado inconstitucional por la Sentencia del TC 79/2017, de 22 de junio.

"Qu e estén en situación de alta en el Registro Autonómico de Centros y Entidades de Formación Profesional para el **Empleo** de la Comunidad Autónoma de Cantabria o del **Servicio** Público de **Empleo** Estatal, según corresponda, en las correspondientes especialidades formativas a fecha de publicación del extracto de la convocatoria en el «Boletín Oficial de Cantabria».

A nuestro juicio no es discriminatorio pues, como se indica, permite ser beneficiaria a las entidades dadas de alta en el **Servicio** Público de **Empleo** Estatal y el Abogado del Estado no indica qué alcance real tendría respecto de las no inscritas

Pero, además, la Orden reguladora no vincula la obtención de la condición de beneficiario al previo registro, sino que permite que, junto con la solicitud de subvención, se solicite igualmente la acreditación de especialidades o se presente la correspondiente declaración responsable. Así se deduce del tercer requisito que dice:

"Que presenten la solicitud de acreditación, simultáneamente a la solicitud de subvención, en el caso de que en el momento de presentar la solicitud de subvención no hayan solicitado la acreditación en la especialidad solicitada, quedando supeditada la participación en la misma, a la obtención de la resolución positiva de la acreditación de las especialidades solicitadas, con carácter previo a la propuesta de resolución."

No obstante, el precepto impugnado, como se deduce del art. 2.1.a) permite obtener la condición de beneficiaria solicitando la acreditación al tiempo que la solicitud de la subvención sin necesidad de cumplir el requisito de la inscripción en el Registro Autonómico de Centros y Entidades de Formación Profesional para el **Empleo** de la Comunidad Autónoma de Cantabria. Es decir, la citada inscripción no es imprescindible para tener la condición de beneficiaria pues se puede conseguir cumpliendo el segundo o tercer requisito. Por lo tanto, ese requisito al no imponer la única vía para obtener esa condición no puede ser discriminatorio.

Por otra parte, esta Sala ha anulado preceptos de Ordenes similares en las que se imponía la exigencia de inscripción en un registro autonómico para obtener la condición de beneficiario de la subvención en las que efectivamente se apreciaba ese carácter discriminatorio para las entidades de formación procedentes de otras Comunidades Autónomas.

Así, en la sentencia de 10 de mayo de 2019, rec. núm. 2/2017, referida a la Resolución de 18 de Julio de 2016 de la Presidencia del **Servicio** Canario de **Empleo** por la que se aprueba la convocatoria para la concesión de subvenciones destinadas a la realización de acciones formativas dirigidas, prioritariamente, a trabajadores desempleados incluidos en la programación de 2016. anulábamos la exigencia relativa a la necesidad de:

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





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

Asimismo, en la sentencia dictada el 28 de diciembre de 2018 en el recurso 18/2007 esta Sala ha estimado una pretensión semejante a la ahora recurrida pero dictada por la CCAA de Madrid y también en el recurso 1632/2016 en relación a una disposición procedente de Castilla La Mancha.

Ahora bien, en aquellos casos se limitaba la condición de beneficiarias a las entidades y centros de formación que se encuentren acreditados y/o inscritos en la Comunidad convocante de la ayuda y entendíamos que " *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."

Sin embargo, la redacción del precepto es diferente en el presente caso, no se establece la inscripción en el registro autonómico en todo caso con carácter previo por lo que no apreciamos carácter discriminatorio en el art. 2.1.a

SEXTO.- En cuanto a la exigencia de experiencia previa en anteriores convocatorias del **servicio cántabro de empleo** (artículo 10.6. a) y b).

El art. 10.6 de la orden de convocatoria dice:

"6. Evaluadas las solicitudes, el Comité de Valoración emitirá un informe en el que se concrete el resultado de la evaluación efectuada. Dicha valoración se realizará teniendo en consideración los siguientes criterios:

a) Informes de evaluación de centros y cursos respecto a las especialidades a impartir.

Hasta 25 puntos.

En este criterio se valorarán los PEC3 de evaluación y seguimiento de cursos programados en modalidad presencial en Cantabria, de los años establecidos en cada convocatoria, siempre que hayan finalizado, de cada una de las especialidades solicitadas por la entidad de formación, con la puntuación más beneficiosa obtenida en dichos años, de la siguiente manera:

1.º Hasta 300 puntos, 1 punto

2.º De 301 a 325 puntos, 4 puntos

3.º De 326 a 350 puntos, 7 puntos

4.º De 351 a 375 puntos, 10 puntos

5.º De 376 a 400 puntos, 13 puntos

6.º De 401 a 425 puntos, 16 puntos

7.º De 426 a 450 puntos, 19 puntos

8.º De 451 a 475 puntos, 22 puntos

9.º Más de 475 puntos, 25 puntos

*b) Experiencia acreditada de la entidad de formación en la impartición de acciones de formación profesional para el **empleo** en modalidad presencial en Cantabria. Hasta 12 puntos.*

En este criterio, la experiencia vendrá determinada por tres parámetros; por un lado, la antigüedad de la entidad de formación, por otro lado, el número de alumnado programado en los años establecidos en cada convocatoria, y por último, el número de horas programadas en los años establecidos en cada convocatoria, de la siguiente forma:

1.º La antigüedad, a la fecha de publicación del extracto de la convocatoria en el «Boletín Oficial de Cantabria», se valorará con un máximo de 4 puntos y un mínimo de 1, dando de esta forma puntuación a las entidades de formación de reciente inscripción y/o acreditación, de la siguiente manera:

- Mayor de 25 años, 4 puntos

- Mayor de 20 años, hasta 25 años incluido, 3,5 puntos

- Mayor 15 años, hasta 20 años incluido, 3 puntos

- Mayor de 10 años, hasta 15 años incluido, 2,5 puntos





- Mayor de 5 años hasta 10 años incluido, 2 puntos

- Mayor de 2 años hasta 5 años incluido, 1,5 puntos

- Igual o inferior a 2 años, 1 punto

2.º El alumnado programado se valorará con un máximo de 4 y un mínimo de 1 punto, de la siguiente manera:

- Hasta 30 alumnos/as, 1 punto

- De 31 a 60 alumnos/as, 1,5 puntos

- De 61 a 90 alumnos/as, 2 puntos

- De 91 a 120 alumnos/as, 2,5 puntos

- De 121 a 195 alumnos/as, 3 puntos

- De 196 a 270 alumnos/as, 3,5 puntos

- Más de 270 alumnos/as, 4 puntos

3.º Las horas programadas se valorarán con un máximo de 4 y un mínimo de 1 punto, de la siguiente manera:

- Hasta 500 horas, 1 punto

- De 501 a 1.500 horas, 1,5 puntos

- De 1.501 a 2.250 horas, 2 puntos

- De 2.251 a 3.000 horas, 2,5 puntos

- De 3.001 a 4.000 horas, 3 puntos

- De 4.001 a 5.000 horas, 3,5 puntos

- Más de 5.000 horas, 4 puntos

Como vemos, en los apartados a) y b) del art. 10.6 se valoran los cursos programados en modalidad presencial en Cantabria y la experiencia acreditada de la entidad de formación en la impartición de acciones de formación profesional para el **empleo** en modalidad presencial en Cantabria.

Lo cierto es que esos aspectos de valoración aparecen directamente vinculados a la Comunidad Cántabra: la puntuación recibida por las entidades formativas en anteriores convocatorias de formación de la Comunidad autónoma (hasta 25 puntos, según letra a) del apartado 6 del artículo 10) y la experiencia acreditada en la impartición de anteriores acciones de formación en la misma comunidad autónoma (hasta 12 puntos, según letra b) del apartado 6 del artículo 10).

Es decir, que la convocatoria únicamente considera la experiencia adquirida por las entidades de formación en territorio **cántabro**, discriminando a las entidades formativas de otras Comunidades Autónomas sin instalaciones, actividad previa o centros de formación en Cantabria y solo las entidades inscritas o con actividad previa en dicha Comunidad podrán acreditar la experiencia requerida en la convocatoria.

El Gobierno de Cantabria explica que a fin de garantizar la generación y permanencia de recursos formativos en el territorio, la Orden reguladora establece dos criterios de valoración que tienen en cuenta el haber impartido previamente formación en Cantabria, pero no necesariamente financiada por la Comunidad Autónoma de Cantabria, pues se tienen en cuenta los cursos "programados en modalidad presencial en Cantabria", lo que incluye la oferta formativa del **Servicio** Público de **Empleo** Estatal en Cantabria. Además, la ponderación de dichos criterios se considera proporcionada y claramente equitativa, pues no supera el 37 % de la puntuación máxima.

Ahora bien, tiene razón el Abogado del Estado en que la finalidad puede ser legítima, pero sigue siendo discriminatoria pues, excluye a aquellas entidades que no hayan realizado previamente actividades de formación o hayan estado inscritas en la Comunidad de Cantabria, teniendo en cuenta, además, que la suma de ambos criterios supone 37 puntos que estas no podrán obtener y ese porcentaje tiene un gran peso en la determinación del beneficiario.

Como hemos dicho en la sentencia de 29 de octubre de 2019, rec.7/2017 a propósito de la experiencia formativa "es la notable desproporción en la valoración del mérito la que debe conducir a su anulación pues implica que se vean afectados, precisamente, el libre establecimiento y circulación que protege el artículo 18. Cabe citar en este punto la doctrina del Tribunal Constitucional recogida en su sentencia 27/2012, de 1 de marzo, que, si bien en materia de valoración de méritos en un concurso para acceso a la función pública, vincula la



existencia de discriminación con la desproporción en el valor asignado a un mérito en concreto, relacionado con la Administración convocante y que, en realidad, predetermina el resultado del concurso."

En el presente caso, la puntuación que puede recibirse 37 puntos tiene un peso desproporcionado si tenemos en cuenta que excluye a aquellas entidades que no hayan realizado previamente actividades de formación o hayan estado inscritas en la Comunidad de Cantabria.

SÉPTIMO.- Finalmente, es preciso analizar el tercer aspecto pues el Abogado del Estado considera innecesario y desproporcionado el apartado f) del art. 10 que establece:

" La acreditación emitida por el Centro de Accesibilidad y Ayudas Técnicas del Gobierno de Cantabria (CAT Cantabria), de la accesibilidad, supresión de barreras arquitectónicas y de la comunicación del centro y su acceso. 5 puntos.

Se valorarán con 5 puntos las solicitudes de las entidades de formación que hayan presentado certificado emitido por el C.A.T. de la carencia de barreras arquitectónicas y de la accesibilidad universal del centro y su acceso."

En principio, resulta razonable que el Centro de Accesibilidad y Ayudas Técnicas del Gobierno de Cantabria (CAT Cantabria) valore y certifique el grado de accesibilidad de las instalaciones que se ubiquen en el ámbito territorial de la Comunidad Cántabra.

Ahora bien, la accesibilidad es un elemento incluido expresamente en el Informe de Evaluación de los Edificios (IEE) por el artículo 29 del el Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana. En efecto, en el artículo 29.2 de dicha norma se dice que:

"2. El Informe de Evaluación que determine los extremos señalados en el apartado anterior, identificará el bien inmueble, con expresión de su referencia catastral y contendrá, de manera detallada:

a) La evaluación del estado de conservación del edificio.

b) La evaluación de las condiciones básicas de accesibilidad universal y no discriminación de las personas con discapacidad para el acceso y utilización del edificio, de acuerdo con la normativa vigente, estableciendo si el edificio es susceptible o no de realizar ajustes razonables para satisfacerlas.

c) La certificación de la eficiencia energética del edificio, con el contenido y mediante el procedimiento establecido para la misma por la normativa vigente."

Por lo tanto, el hecho de que la convocatoria solo contemple a efectos de acreditar por parte de las entidades de formación el grado de cumplimiento de la normativa de accesibilidad un certificado procedente exclusivamente del CAT CANTABRIA introduce un factor o elemento innecesario y desproporcionado en los supuestos en que el edificio dispusiera ya de un Informe de Evaluación de los Edificios (IEE) que permitiera acreditar ese aspecto.

El reconocimiento de ese factor en esos términos es innecesario y desproporcionado en aquellos casos en que el edificio o instalación ya tenga acreditado el requisito de la accesibilidad en el Informe de Evaluación de los Edificios, previsto en el TRLS, pues 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.

OCTAVO.- Procede, en consecuencia, la estimación parcial del recurso y la anulación de la Resolución del **Servicio Cántabro de Empleo** de 9 de noviembre de 2016, por la que se desestima la reclamación formulada al amparo del artículo 26 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado), salvo en lo relativo a su apartado 9º y referente al artículo 17 de la Orden HAC/35/2016, que se entiende ajustado a Derecho y asimismo, declaramos únicamente la nulidad del artículo 10.6 apartados a), b) y f) de la Orden HAC/35/2016 de 25 de agosto de 2016, por la que se establecen las bases reguladoras de las subvenciones en materia de formación de oferta, en modalidad presencial, consistentes en la ejecución de acciones formativas dirigidas prioritariamente a personas trabajadoras desempleadas en Cantabria, desestimando el recurso en cuanto al art. 2.a) de la citada Orden.

NOVENO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.1 de la LJCA al haberse estimado parcialmente el recurso contencioso administrativo no procede imponer las costas procesales causadas en esta instancia a la Administración demandada.

FALLAMOS





ESTIMAR PARCIALMENTE el recurso contencioso administrativo núm. 8/2017, promovido por el **Abogado del Estado** en defensa y en representación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia al amparo del procedimiento especial para la garantía de la unidad de mercado contra la Resolución del **Servicio Cántabro de Empleo** de 9 de noviembre de 2016, por la que se desestima la reclamación interpuesta al amparo del artículo 26 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado), salvo en lo relativo a su apartado 9º y referente al artículo 17 de la Orden HAC/35/2016, que se entiende ajustado a Derecho y asimismo, declaramos únicamente la nulidad del artículo 10.6 apartados a), b) y f) de la Orden HAC/35/2016 de 25 de agosto de 2016, por la que se establecen las bases reguladoras de las subvenciones en materia de formación de oferta, en modalidad presencial, consistentes en la ejecución de acciones formativas dirigidas prioritariamente a personas trabajadoras desempleadas en Cantabria, desestimando el recurso en cuanto al art. 2.a) de la citada Orden.

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

En Madrid a 08/01/2020 doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDO