



Roj: **SAN 3279/2021 - ECLI:ES:AN:2021:3279**

Id Cendoj: **28079230062021100343**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **02/07/2021**

Nº de Recurso: **1/2020**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Recurso contencioso-administrativo**

Ponente: **BERTA MARIA SANTILLAN PEDROSA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000001 /2020

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

Núm. Registro General: 01181/2020

Demandante: Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia

Demandado: COMUNIDAD AUTÓ NOMA DE CANARIAS

Abogado Del Estado

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

S E N T E N C I A N^o :

Ilma. Sra. Presidente:

D^a. BERTA SANTILLAN PEDROSA

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

D. SANTOS GANDARILLAS MARTOS

D. MARIA JESUS VEGAS TORRES

D. RAMÓN CASTILLO BADAL

Madrid, a dos de julio de dos mil veintiuno.

VISTO por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, el recurso contencioso-administrativo núm. **1/2020** promovido por los tramites del proceso especial para la garantía de la unidad de mercado por el Abogado del Estado, en defensa y en representación de la **Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia**, contra la Resolución de 4 de julio de 2019 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 incluidas en la programación 2019 (B.O. de Canarias nº 132, de 11 de julio de 2019). Ha comparecido como Administración demandada la Comunidad Autónoma de Canarias asistida y representada por el Letrado de sus Servicios Jurídicos.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- In terpuesto 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:

"por resultar contrario al principio de no discriminación entre operadores del artículo 18 LGUM, procede declarar la nulidad de:

A) Los apartados séptimo (págs. 6 y 7 del expte.) y decimocuarto (págs.22 a 28 del expte.) de la convocatoria para la concesión de subvenciones destinadas a la realización de acciones formativas dirigidas prioritariamente a trabajadores desempleados/as incluidas en la programación 2019, aprobada mediante Resolución nº 6782/2019 de fecha 5 de julio de 2019 de la Presidenta del Servicio Canario de Empleo cuyo extracto fue publicado en el Boletín Oficial de Canarias nº 132 de fecha 11/07/2019 y cuyas bases han sido publicadas en la Base de Datos Nacional de Subvenciones bajo el número de identificación NUM000 .

B) La Resolución nº 9268/2019, de 27 de septiembre, de la Presidenta del Servicio Canario de Empleo (págs.109 a 118 del expte.) por la que se desestima la reclamación del artículo 26 LGUM contra las anteriores disposiciones.

Y con expresa condena en costas de la demandada, ex art. 139 LJCA ".

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

TERCERO.- Posteriormente quedaron las actuaciones pendientes de votación y fallo señalándose para ello el día 19 de mayo de 2021.

Ha sido ponente la Ilma. Sra. Magistrada Dña. Berta Santillan Pedrosa, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

a) Los apartados séptimo y decimocuarto de la convocatoria para la concesión de subvenciones destinadas a la realización de acciones formativas dirigidas prioritariamente a trabajadores desempleados/as incluidas en la programación 2019, aprobada mediante Resolución de fecha 4 de julio de 2019 de la Presidenta del Servicio Canario de Empleo cuyo extracto fue publicado en el Boletín Oficial de Canarias nº 132, de fecha 11 de julio de 2019.

b) La Resolución de 27 de septiembre, de la Presidenta del Servicio Canario de Empleo por la que se desestima la reclamación del artículo 26 LGUM contra las anteriores disposiciones.

SEGUNDO.- El Abogado del Estado, en defensa de la CNMC, solicita en su escrito de demanda la nulidad de las resoluciones impugnadas en los apartados específicamente indicados como son el apartado séptimo (que regula los beneficiarios y los requisitos de los mismos para la concesión de subvenciones destinadas a la realización de acciones formativas dirigidas prioritariamente a trabajadores desempleados/as incluidas en la programación 2019) y el apartado decimocuarto (que regula los criterios de valoración de los solicitantes de esas subvenciones) en cuanto que incluyen tres requisitos que, a su juicio, son contrarios al principio de no discriminación entre operadores recogido en el artículo 18 de la LGUM.

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 séptimo y decimocuarto de la Resolución de 4 de julio de 2019 de la Presidencia del Servicio Canario de Empleo, por la que se convocan subvenciones destinadas a la realización de acciones formativas dirigidas prioritariamente a trabajadores desempleados incluidas en la programación de 2019. Entiende que en dichos apartados se incluyen tres exigencias que vulneran el principio de no discriminación entre operadores como son: la exigencia de registro en el SEFLogIC (Sistema Económico Financiero y Logístico de Canarias); la exigencia de disponer de instalaciones en Canarias y tener como único criterio de valoración en la convocatoria de las ayudas la experiencia formativa en Canarias.

Posteriormente, el Abogado del Estado analiza dichas exigencias de forma más concreta y sostiene que (i) la exigencia relativa a que las empresas solicitantes estén inscritas en el registro del SEFLoglc (Sistema Económico Financiero y Logístico de Canarias) es contraria al artículo 18.2.a) 3º de la LGUM en relación con el artículo 18.2.a) 2º en cuanto que dichos preceptos consideran discriminatorio exigir, para poder obtener ventajas económicas, que el operador haya estado inscrito en registros de dicho territorio; (ii) la exigencia de disponer de instalaciones en Canarias vulnera el artículo 18.2.a)1º de la LGUM en cuanto dicho precepto considera discriminatorio el exigir, para poder obtener ventajas económicas, que el establecimiento 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 al condicionarse la obtención de una ventaja económica a contar con un establecimiento físico dentro del territorio canario ya que con esa exigencia se está discriminando a los operadores que no tienen dicho establecimiento en dicho territorio en el momento de convocar las subvenciones, pero que podrían tenerlo al desarrollar las actividades formativas; y (iii) establecer como única valoración la experiencia formativa en Canarias lo cual es contrario a la prohibición del artículo 18.2.a) 2º de la LGUM que impide exigir que el operador haya residido u operado durante un determinado periodo de tiempo en dicho territorio discriminando a las entidades formativas de otras comunidades autónomas sin instalaciones, actividad previa o centros de formación en el archipiélago canario, puesto que únicamente las entidades inscritas o con actividad previa en dicha Comunidad podrán acreditar la experiencia requerida en la convocatoria. Lo procedente, de acuerdo con el principio de no discriminación de la LGUM, hubiera sido exigir experiencia formativa, pero sin distinción del lugar (comunidad autónoma) en el que dicha experiencia fue adquirida por la entidad de formación solicitante de la subvención convocada.

Insiste el Abogado del Estado en que podría exigirse a los solicitantes de la subvención la acreditación de su experiencia formativa con trabajadores desempleados en otras comunidades autónomas y, en su caso, en los sectores económicos concretos que fueran objeto de la convocatoria. Lo que no cabe, como sucede en este caso, es asociar la experiencia formativa a un territorio autonómico concreto o a un específico servicio de empleo perteneciente a una comunidad autónoma determinada (en este supuesto concreto, al Servicio Canario de Empleo). Incluso el Abogado del Estado manifiesta que la exigencia de vinculación de las empresas beneficiarias con la comunidad otorgante de la subvención deberá referirse únicamente a la actividad subvencionada en concreto. Esto es, podría exigirse por la Administración otorgante de la subvención que los fondos públicos fueran destinados a impartir formación a trabajadores, autónomos o empresas residentes o domiciliados en la Comunidad Autónoma de Canarias, respetándose así el criterio de territorialidad en el destino de la subvención.

La aplicación de los tres criterios a los que se refiere la reclamación supone, según refiere el Abogado del Estado, vulnera el principio de no discriminación entre operadores y, por lo tanto, son contrarios a las libertades de establecimiento y circulación.

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

TERCERO.- La defensa de la Administración demandada, la Comunidad Autónoma de Canarias, discrepa de las razones invocadas por el Abogado del Estado y entiende que los requisitos establecidos en los apartados séptimo y decimocuarto de la resolución impugnada no vulneran el principio de no discriminación entre operadores recogido en el artículo 18 de la LGUM.

No comparte que sea discriminatorio exigir a las empresas solicitantes que estén inscritas en el registro del SEFLoglc. Señala, al respecto, que las funciones encomendadas a ese registro se regulan en el Decreto 127/2014, de 23 de diciembre, de la Consejería de Economía, Hacienda y Seguridad por el que se aprobó e implantó el Sistema de Información Económica- Financiera y Logística de la Comunidad Autónoma de Canarias y que lo que permite es el ejercicio de las funciones encomendadas para hacer posible el desarrollo eficaz y con transparencia de la gestión económica financiera de los fondos públicos otorgados por el Servicio Canario de Empleo. Y añade que se trata de una necesidad técnica de operatividad para materializar los pagos de las subvenciones concedidas.

En relación con la exigencia de que las instalaciones se encuentren en el territorio de la Comunidad Autónoma de Canarias señala que deriva directamente del objeto y finalidad de la convocatoria como es la impartición en modalidad presencial de acciones formativas prioritariamente destinadas a personas trabajadoras desempleadas inscritas en las Oficinas de Empleo del Servicio Canario de Empleo. Expone que ese requisito respeta las exigencias del artículo 15.3 de la Ley 30/2015, de 9 de septiembre, por la que se regula

el Sistema de Formación Profesional para el empleo en el ámbito laboral que dispone que *"para la acreditación y/o inscripción de las entidades de formación en la especialidad o especialidades formativas de que se trate, aquellas deberán disponer de instalaciones y recursos humanos suficientes que garanticen su solvencia técnica para impartir la formación, tanto teórica como práctica, así como la calidad de la misma. Las instalaciones y recursos podrán ser propios o bien de titularidad de terceras entidades privadas o públicas cuando ello no implique subcontratar la ejecución de la actividad formativa, debiendo aportar en este caso el correspondiente acuerdo o contrato de disponibilidad."*

Tampoco entiende discriminatorios los criterios de valoración relativos a la experiencia en la Comunidad Autónoma convocante por cuanto se apoyan en estándares de calidad.

CUARTO. - Centrado el objeto de debate debemos analizar si las exigencias recogidas en los apartados séptimo y decimocuarto de la Resolución de 4 de julio de 2019 objeto de este proceso vulneran el principio de no discriminación entre operadores recogido en la Ley 9/2013, de garantía de la unidad de mercado.

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

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

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

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

Por otra parte, conviene recordar que en la regulación de la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado se recogen unos principios que deben tenerse en cuenta por todas las autoridades administrativas en el ejercicio de sus competencias y así el artículo 9 de la citada Ley 20/2013, de 9 de diciembre dispone que: *"Todas las autoridades competentes velarán, en las actuaciones administrativas, disposiciones y medios de intervención adoptados en su ámbito de actuación, por la observancia de los principios de no discriminación, cooperación y confianza mutua, necesidad y proporcionalidad de sus actuaciones, eficacia en todo el territorio nacional de las mismas, simplificación de las cargas y transparencia"*. Y de forma concreta se garantizará, entre otros supuestos, en relación con *"las disposiciones de carácter general que regulen una determinada actividad económica o incidan en ella"* - art. 9.2.a) de la Ley 20/2013-.

Asimismo, el Tribunal Constitucional en la Sentencia nº 121/2018, de 31 de octubre, declaró la constitucionalidad del principio de no discriminación entre operadores sitos en distintas comunidades del artículo 18 LGUM, señalando en su Fundamento 3º 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"*.

Debemos, por tanto, analizar si la Comunidad Autónoma de Canarias al disponer los requisitos impugnados en los apartados séptimo y decimocuarto de la Resolución de 4 de julio de 2019 ha tenido en cuenta el principio de no discriminación entre operadores previsto en el artículo 18.2.a) de la Ley 20/2013, de garantía de la unidad de mercado.

Es conveniente hacer notar aquí que el Tribunal Constitucional, en la sentencia 121/2018, de 31 de octubre, ha desestimado la cuestión de inconstitucionalidad que había planteado esta Sección en el recurso nº 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 este caso, pudiera invadir la competencia autonómica de ejecución de la legislación estatal en materia laboral en relación con una Orden de la Comunidad Autónoma de Aragón de convocatoria de subvenciones para la ejecución de planes de formación dirigidos prioritariamente a trabajadores ocupados del plan de formación de empleo de dicha Comunidad.

Resuelve sin embargo el TC que *"el artículo 18.2 a). 1 de la Ley 20/2013, al considerar discriminatorio otorgar ventajas a actividades económicas por el solo hecho de llevarse a cabo en un determinado territorio, está garantizando la unidad de mercado, finalidad que se encuentra amparada en la competencia básica estatal del artículo 149.1.13 CE, al ser una medida que tiene una incidencia directa y significativa sobre la actividad económica. Por ello, aunque esta prohibición pueda incidir en el ejercicio de competencias sectoriales de las Comunidades Autónomas, la limitación que implica está justificada en el ejercicio de la competencia del Estado para garantizar las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica. Siendo esto así, con mayor razón podrá proyectarse una norma básica estatal dictada ex artículo 149.1.13 CE sobre sectores en los que la competencia autonómica sea puramente ejecutiva. Por tanto, y, en conclusión, no cabe apreciar la tacha de inconstitucionalidad denunciada por el órgano judicial en relación con el último inciso del artículo 18.2 a). 1 de la Ley de garantía de la unidad de mercado, que no invade la competencia de la Comunidad Autónoma de Aragón sobre ejecución de la legislación laboral. El Estado, al dictar la legislación básica, no invade la competencia autonómica, y la Comunidad Autónoma, en ejercicio de sus competencias de mera ejecución, ha de respetar las bases estatales. El Estado, al dictar la legislación básica, no invade la competencia autonómica, y la Comunidad Autónoma, en ejercicio de sus competencias de mera ejecución, ha de respetar las bases estatales"*.

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

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

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

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

2. Serán consideradas actuaciones que limitan el libre establecimiento y la libre circulación por no cumplir los principios recogidos en el Capítulo II de esta Ley los actos, disposiciones y medios de intervención de las autoridades competentes que contengan o apliquen:

a) Requisitos discriminatorios para el acceso a una actividad económica o su ejercicio, para la obtención de ventajas económicas o para la adjudicación de contratos públicos, basados directa o indirectamente en el lugar de residencia o establecimiento del operador. Entre estos requisitos se incluyen, en particular:

1.º que el establecimiento o el domicilio social se encuentre en el territorio de la autoridad competente, o que disponga de un establecimiento físico dentro de su territorio.

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

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

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

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

En particular, entiende la CNMC que las exigencias contenidas en los apartados impugnados de la Resolución de 4 de julio de 2019 infringen el principio de no discriminación que en este ámbito protege el apartado 2 del transcrito artículo 18.

Por el contrario, en la contestación a la demanda la representación procesal de la Comunidad Autónoma de Canarias recuerda la potestad reglamentaria que le asiste y de la que dice que tiene naturaleza discrecional que,

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

SEXTO.- Analizando ya de forma concreta los requisitos impugnados en este proceso por el Abogado del Estado, en defensa de la CNMC, tenemos el apartado séptimo de la Resolución de 4 de julio de 2019 en cuanto limita, como ya vimos, los beneficiarios potenciales de la subvención al exigir que debían estar inscritos en el registro SEFLoglc y tener instalaciones en el territorio de la Comunidad Autónoma concedente de las subvenciones. Asimismo, se impugna el apartado decimocuarto que al regular los criterios que pueden evaluarse para el otorgamiento de la subvención fija como único criterio de valoración la experiencia formativa en Canarias.

El Abogado del Estado impugna esos preceptos porque considera que vulneran el artículo 18.2.a) de la LGUM.

Esta Sección ya ha analizado la vulneración de esos preceptos en relación con subvenciones y ayudas públicas concedidas por otras Comunidades Autónomas respecto de las cuales se fijaban requisitos idénticos a los que ahora constituyen el objeto del presente proceso. En este sentido destacamos las sentencias dictadas en fecha 28 de diciembre de 2018 (rec. nº 18/2017) y en fecha 17 de julio de 2019 (rec. nº 19/2017). Procedimientos que se siguieron igualmente por el procedimiento especial de protección de la garantía de la unidad de mercado y dirigidos contra resoluciones de la Consejería de Economía, Empleo y Hacienda de la Comunidad de Madrid, por la que se convocan subvenciones para la financiación de acciones de formación profesional para el empleo, en un caso; y en el otro supuesto para la financiación de acciones de formación para jóvenes inscritos en el Fichero Nacional de Garantía Juvenil conducentes a la obtención de certificados de profesionalidad del sistema de Formación Profesional para el Empleo.

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

Como hemos visto, el Abogado del Estado impugna el apartado séptimo de la Resolución de 4 de julio de 2019 del Servicio Canario de Empleo en cuanto exige que:

"1. Podrán participar en la presente convocatoria de acciones formativas en modalidad presencial, las Entidades de Formación, públicas o privadas, que dispongan de instalaciones en la Comunidad Autónoma de Canarias, y que estén acreditadas y/o inscritas, en la especialidad o especialidades por las que concurran, en el correspondiente Registro, conforme a lo previsto en el artículo 15 de la Ley 30/20152 .

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

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

Esta Sala admite la pretensión de nulidad del Abogado del Estado respecto de dicho precepto por cuanto vulnera el principio de no discriminación entre operadores recogido en el artículo 18.2.a) de la Ley 20/2013, de Garantía para la Unidad de Mercado. De acuerdo con dicho precepto, las restricciones o limitaciones establecidas a las entidades y centros solicitantes de ayuda para poder ser beneficiarias de las subvenciones deben estar justificadas por una razón de interés general, basarse en una identificación clara de los fines perseguidos y ser el instrumento más adecuado para garantizar su consecución.

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

En el presente caso, la norma reglamentaria de convocatoria cuyo precepto se ha impugnado - apartado séptimo- impone como condición para ser beneficiario de la subvención que las entidades y centros de formación dispongan a la fecha de publicación de la convocatoria de *"instalaciones en el territorio de la Comunidad Autónoma de Canarias"* y *"figurar en situación de alta de tercero en el Sistema Económico Financiero y Logístico de Canarias"*.

De este modo, el precepto impugnado configura requisitos discriminatorios al acceso o ejercicio de una actividad económica pues el art. 18.2.a) 1 de la Ley 20/2013 contempla como requisitos discriminatorios para el acceso a una actividad económica o su ejercicio, para la obtención de ventajas económicas o para la adjudicación de contratos públicos, aquellos basados directa o indirectamente en el lugar de residencia o establecimiento del operador. Y al condicionar la Resolución de convocatoria la obtención de una ventaja económica a que se disponga a la fecha de publicación de la convocatoria de un establecimiento físico dentro del territorio y que se encuentre dado de alta en el Sistema Económico Financiero y Logístico de Canarias se discrimina a los operadores que no cumplen esos requisitos en el momento de convocar las subvenciones, pero que podrían tenerlo al desarrollar las actividades formativas. Una cosa es imponer requisitos vinculados a la instalación o infraestructura física propiamente dicha (p.ej. para garantizar la protección del medio ambiente y el entorno urbano, la seguridad o salud públicas o bien el patrimonio histórico-artístico) que podrían tener justificación legal, y otra exigir requisitos ligados a la actividad económica desarrollada en o a través de dicha instalación física, pues discrimina a otros operadores exclusivamente por ese dato especialmente cuando dichas exigencias se han vinculado en la convocatoria como requisitos de acceso como entidad beneficiaria y no, en su caso, como requisito una vez que se ha obtenido la ayuda solicitada dada su naturaleza, así como el objeto y forma exigida para otorgar la formación subvencionada.

Se impone así una discriminación indirecta, porque la norma exige la necesidad de contar con un establecimiento físico en el territorio de la administración convocante, así como que este inscrita en el registro SEFLoglc en el momento inicial de solicitar y de participar en la convocatoria de las ayudas.

Y tales exigencias vulneran el artículo 18.2.a de la LGUM, cuyo punto 1º, expresamente dispone que la exigencia de disponer de establecimiento, domicilio social o establecimiento físico en el territorio de la autoridad competente constituye un requisito discriminatorio y, por lo tanto, es contraria al libre establecimiento y a la libre circulación. Además, la letra h) del apartado 2, considera contraria a la libre iniciativa económica imponer requisitos que contengan la obligación de haber realizado inversiones en el territorio de la autoridad competente pues a ello conduce la exigencia de contar con instalaciones a la fecha de publicación de la convocatoria de instalaciones en el territorio de la Administración convocante de las ayudas, en este caso Comunidad Autónoma de Canarias. Y el apartado 3 considera discriminatorio exigir que el operador haya estado inscrito en registros de dicho territorio.

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

El Abogado del Estado también considera contrario a esos mismos principios recogidos en la LGUM, el apartado decimocuarto de la resolución impugnada por el que se establecen los criterios para el otorgamiento de la subvención por cuanto establece como única valoración la experiencia formativa en Canarias en el sentido de que hayan sido beneficiarias de ayudas en convocatorias anteriores por cuanto se valora su experiencia formativa anterior en el territorio de la Comunidad Autónoma de Canarias en relación con convocatorias de ayudas a las que únicamente podían acceder las empresas inscritas en el Registro autonómico de empleo de la Comunidad Autónoma de Canarias y, además, tuvieran instalaciones físicas en el territorio de la citada Comunidad Autónoma.

Igualmente, esta Sala acepta la pretensión de nulidad solicitada por el Abogado del Estado por cuanto es discriminatorio, en el sentido regulado por la Ley 20/2013, fijar como criterios de valoración la experiencia formativa de entidades beneficiarias de convocatorias anteriores de la propia Comunidad Autónoma ahora convocante. Desde luego, la potestad reglamentaria reconocida a las Comunidades Autónomas y que invoca la demandada no da cobertura a la regulación de los criterios de valoración que se recogen en el citado apartado decimocuarto impugnado por cuando resulta abiertamente contraria a una norma con rango de Ley, como es la Ley 20/2013.

Por otra parte, la convocatoria objeto de reclamación únicamente está considerando la experiencia adquirida por las entidades de formación en territorio canario, discriminando así a las entidades formativas de otras Comunidades Autónomas sin instalaciones o sin actividad previa o centros de formación en el territorio de Canarias. Lo procedente, de acuerdo con el principio de no discriminación de la LGUM hubiera sido exigir experiencia formativa sin distinción del lugar (Comunidad Autónoma) en el que dicha experiencia fue adquirida

por la entidad de formación solicitante de la subvención convocada. Podrá exigirse a los solicitantes de la subvención la acreditación de determinados niveles de inserción y formación de alumnos, pero no asociados al territorio autonómico concreto y a anteriores convocatorias de ayudas del Servicio Canario de Empleo.

Por lo tanto, debemos concluir que los apartados séptimo y decimocuarto de la Resolución impugnada vulneran el art. 18.2.a) de la Ley 20/2013, de Garantía de la Unidad de Mercado.

Y, procede, en consecuencia, la estimación del recurso y la anulación de los apartados impugnados de la Resolución de 4 de julio de 2019 aquí recurrida por ser en este concreto extremo contrarios a derecho por cuanto su regulación es discriminatoria para el acceso a la actividad económica o su ejercicio.

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

VISTOS los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación

FALLAMOS

1. Estimar el recurso contencioso-administrativo nº **1/2020** promovido por los tramites del proceso especial para la garantía de la unidad de mercado por el Abogado del Estado, en defensa y en representación de la **Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia**, contra los apartados séptimo y decimocuarto de la Resolución de 4 de julio de 2019 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 incluidas en la programación 2019 y contra la Resolución de 27 de septiembre, de la Presidenta del Servicio Canario de Empleo por la que se desestima la reclamación del artículo 26 LGUM contra las anteriores disposiciones.

2. Anular las resoluciones impugnadas en los aspectos concretos que han sido objeto de este proceso por entender que son contrarios a la regulación recogida en la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado.

Se imponen las costas procesales causadas en esta instancia a la Administración demandada.

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

Lo que pronunciamos, mandamos y firmamos.