

## **INFORME DE 27 DE NOVIEMBRE DE 2019 SOBRE LA RECLAMACIÓN PRESENTADA, AL AMPARO DEL ARTÍCULO 26 DE LA LEY DE GARANTÍA DE LA UNIDAD DE MERCADO, CONTRA LA MAYOR VALORACIÓN OTORGADA A LOS COMERCIANTES LOCALES SOBRE LOS PROCEDENTES DE OTRAS LOCALIDADES Y AUTONOMÍAS A LOS EFECTOS DE OBTENER UN PUESTO EN EL MERCADO NAVIDEÑO MUNICIPAL (UM/085/19).**

### **I. ANTECEDENTES Y OBJETO DEL INFORME**

Con fecha 10 de noviembre de 2019 ha tenido entrada en la Secretaría del Consejo para la Unidad de Mercado (SECUM) reclamación prevista en el artículo 26 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado (LGUM), presentada por una Asociación de Vendedores contra los criterios de valoración contenidos en el artículo 6º de las Bases Regulatoras del funcionamiento y otorgamiento de las autorizaciones preceptivas para el ejercicio de venta en el Mercado de Navidad de Oviedo 2019/2020<sup>1</sup>.

En sus alegaciones, dicha Asociación denuncia la vulneración de la prohibición de discriminación entre operadores prevista en los artículos 3 y 18 LGUM, puesto que los criterios de valoración del mencionado artículo 6º otorgan la mayor puntuación prevista a los comerciantes locales (5 puntos) frente al resto (3 puntos para comerciantes de la misma autonomía y únicamente 1 punto para comerciantes procedentes del resto del Estado).

La SECUM remitió la referida reclamación a esta Comisión en fecha 11 de noviembre de 2019, en el marco de lo previsto en el artículo 26.5 LGUM.

### **II. CONSIDERACIONES**

#### **1) Contenido del artículo 6º de las Bases Regulatoras**

En el artículo 6º de las Bases Regulatoras<sup>2</sup> se establece lo siguiente:

*Cada una de las solicitudes que cumplan los requisitos para desarrollar la actividad de venta dentro del Mercado de Navidad de Oviedo, 2019-2020, será sometida a los siguientes criterios de valoración:*

- *Domicilio de la actividad de negocio (actividad de venta realizada de forma habitual) en el municipio de Oviedo. **5 puntos.***

<sup>1</sup>

[https://sede.oviedo.es/documents/25047/763761/8349295\\_Bases+Regulatoras+Mercado+Navidad\\_2.pdf/e620ca7a-388f-46c8-bee9-05d1b7f17c64](https://sede.oviedo.es/documents/25047/763761/8349295_Bases+Regulatoras+Mercado+Navidad_2.pdf/e620ca7a-388f-46c8-bee9-05d1b7f17c64).

<sup>2</sup>

[https://sede.oviedo.es/documents/25047/763761/8349295\\_Bases+Regulatoras+Mercado+Navidad\\_2.pdf/e620ca7a-388f-46c8-bee9-05d1b7f17c64](https://sede.oviedo.es/documents/25047/763761/8349295_Bases+Regulatoras+Mercado+Navidad_2.pdf/e620ca7a-388f-46c8-bee9-05d1b7f17c64).

*El mercado Navideño es una actividad puntual extraordinaria en la que no se perjudica a los establecimientos permanentes del municipio de Oviedo. Uno de los objetivos de dicho mercado, es el de dinamizar la actividad comercial y fortalecer un sector estratégico para la generación de riqueza, economía y empleo, por lo que se valorará más el hecho de que los puestos sean ocupados por comercios de dicho municipio.*

- *Domicilio de la actividad de negocio (actividad de venta realizada de forma habitual) en el resto de municipios del Principado de Asturias, excepto Oviedo. **3 puntos***
- *Domicilio de la actividad de negocio (actividad de venta realizada de forma habitual) en el resto del territorio español, excepto el Principado de Asturias. **1 punto***

*Deberá demostrarse mediante documento acreditativo del establecimiento o lugar en el que se realiza la actividad comercial.*

- *Condición de artesano o artista, acreditable mediante la aportación de documentos y titulaciones actualizados, que permitan la evaluación o certificación de sus actividades por parte de organismos oficiales, incluyendo la pertenencia al Registro de Actividades Artesanas del Principado de Asturias. **1 Punto***
- *Dedicación exclusiva en formato de venta ambulante, a cualquiera de las categorías de venta establecidas en el artículo 3º. **2 Puntos***

Como puede observarse, la mayor puntuación (5 puntos) es la otorgada a los comerciantes de la misma localidad, de forma que ningún comerciante autonómico (3 puntos) o de fuera de la comunidad autónoma (1 punto) podrá superarles en la puntuación total final, en caso de que también tengan la condición de artesanos (1 punto) y se dediquen exclusivamente a la venta ambulante (2 puntos). Debe añadirse, además, que a los comerciantes-artesanos de la UE, establecidos en otros Estados distintos del español, no se les da ninguna puntuación por criterio territorial.

De hecho, es posible que un comerciante local que no sea artista ni se dedique en exclusiva a la venta ambulante, supere a un artista ambulante procedente de otra Comunidad, al disponer –ya de entrada- de cinco puntos. Por tanto, el criterio *territorial* (establecimiento del comerciante) es claramente predominante, e incluso, decisivo para la adjudicación de puestos, sobre el criterio de *actividad económica* (ejercicio de la artesanía ambulante). Ello se desprende claramente de la tabla analítica y comparativa de puntuaciones que se acompaña a continuación:

<b>Criterio de Lugar de Establecimiento</b>	<b>Criterios de Actividad</b>	<b>Valoración Final</b>
Misma Localidad (5 puntos)	Artesano ambulante (1+2 puntos)	8
	No artesano y ambulante (0+2 puntos)	7
	Artesano y No ambulante (1 + 0 puntos)	6
	Ni artesano Ni ambulante (0 + 0 puntos)	5
Misma Comunidad Autónoma (3 puntos)	Artesano ambulante (1+2 puntos)	6
	No artesano y ambulante (0+2 puntos)	5
	Artesano y No ambulante (1 + 0 puntos)	4
	Ni artesano Ni ambulante (0 + 0 puntos)	3
Mismo Estado (1 punto)	Artesano ambulante (1+2 puntos)	4
	No artesano y ambulante (0+2 puntos)	3
	Artesano y No ambulante (1 + 0 puntos)	2
	Ni artesano Ni ambulante (0 + 0 puntos)	1
De otro Estado de la UE (0 puntos)	Artesano ambulante (1+2 puntos)	3
	No artesano y ambulante (0+2 puntos)	2
	Artesano y No ambulante (1 + 0 puntos)	1
	Ni artesano Ni ambulante (0 + 0 puntos)	0

## 2) Regulación de la actividad de artesanía ambulante (mercadillos)

Al tratarse el comercio ambulante de una competencia propia de los municipios, de acuerdo con el artículo 25.2.i) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (LRBRL), debemos acudir a la regulación de esta materia efectuada por el Ayuntamiento de Oviedo. Ésta se halla en la Ordenanza Reguladora de la Venta Ambulante (BOPA nº 301 de 31.12.2005, objeto de modificación posterior publicada en BOPA nº 139, de 16.06.2008)<sup>3</sup>. Concretamente, en el artículo 26 (régimen de funcionamiento) de la Ordenanza Reguladora se dice lo siguiente:

*1.- La Junta de Gobierno Local o Concejal de Gobierno en quien delegue, podrá autorizar la instalación de mercadillos tradicionales en las festividades de Navidad, San Mateo, La Ascensión, Los Santos y Martes de Campo. En la resolución de autorización se fijarán la ubicación de los mercadillos, productos permitidos para la venta, normas de funcionamiento y condiciones de la autorización.*

*2.- Por el mismo órgano y en las condiciones que se establezcan, se podrán autorizar mercados ocasionales y para la venta o muestra de objetos de una determinada clase en la realización de mercadillos especializados para colectivos o gremios determinados.*

**3.- La concesión de autorizaciones en las festividades señaladas se realizará de acuerdo con los siguientes criterios de preferencia:**

**a.- Autorizados de venta ambulante permanente dentro del mismo objeto de venta, el 40% de la superficie.**

**b.- Resto de solicitantes por su antigüedad en el mercadillo correspondiente, el 60% restante.**

*c.- Los puestos no cubiertos con los dos anteriores criterios se adjudicarán por sorteo entre el resto de solicitantes sin antigüedad.*

*4.- Para participar en estos mercados se requerirá acreditar con la solicitud el cumplimiento de los requisitos a que se refiere el artículo 7. Los autorizados para venta permanente bastará con que presenten su autorización en vigor.*

*5.- Antes de la instalación del puesto, los autorizados deberán abonar la tasa que fije la Ordenanza Fiscal en vigor, condición de eficacia de la autorización.*

*6.- La asignación de espacios se realizará en primer lugar a elección de los vendedores con autorización para venta permanente*

<sup>3</sup> <https://www.oviedo.es/documents/25047/25102/OrdenanzaVentaAmbulante.pdf/658346e8-c0a3-4c54-9508-7f97aef246a1>.

Como puede observarse, la Ordenanza Reguladora únicamente fija dos criterios alternativos para la adjudicación de puestos ambulantes para el mercado de Navidad:

- Disponer de una autorización para la venta ambulante permanente de los mismos objetos autorizados en el mercadillo navideño de Oviedo (que según el artículo 3º de las Bases Reguladoras son, principalmente los artículos navideños y objetos de decoración y florales, objetos de artesanía, cuadros, manualidades, dulces y artículos de regalo y complementos navideños).
- Haber participado anteriormente en otras ediciones del mismo mercado navideño (antigüedad).

Sin perjuicio de la crítica que pueda efectuarse al segundo criterio de la Ordenanza (antigüedad en la feria o mercado), que perjudica claramente a los nuevos operadores entrantes, puede observarse claramente que la regulación municipal general de venta ambulante no prevé criterio alguno de territorialidad, a diferencia de lo que sí sucede en las Bases Reguladoras objeto de esta reclamación.

### **3) Análisis de los criterios de puntuación del artículo 6º de las Bases Reguladoras, a la luz del principio de no discriminación del artículo 18 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado y de las últimas sentencias recaídas en aplicación del citado precepto.**

El artículo 18.2.a) 1º LGUM considera, como requisito discriminatorio para el acceso a una actividad económica o su ejercicio (en este supuesto, instalar un puesto ambulante en el mercado navideño), exigir, de forma directa o indirecta, 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:

*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.*

Mediante Sentencia nº 121/2018 de 31 de octubre, el Tribunal Constitucional declaró la constitucionalidad de este precepto, 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.*

Sin embargo, antes incluso de la Sentencia 121/2018, tanto la SECUM como esta Comisión<sup>4</sup> habían señalado reiteradamente que la exigencia a las empresas solicitantes de ayudas o beneficios de disponer de instalaciones en el territorio de la administración convocante de dichas ayudas infringía el principio de no discriminación del artículo 18 LGUM.

Y, más concretamente, en el artículo 18.2.a) 2º LGUM se prohíbe exigir que:

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

Así, en el Informe de referencia UM/052/14 de 30 de octubre de 2014, esta Comisión ya decía, acerca de la discriminación indirecta, que:

*...debe recordarse que el 18.2.a) LGUM no solamente prohíbe los requisitos discriminatorios de acceso o ejercicio económico basados directamente en el lugar de residencia o establecimiento del operador sino también aquéllos que indirectamente se basen en él. En otras palabras, resulta prohibida, por discriminatoria, tanto la regulación que exige expresamente una determinada localización geográfica al agente económico (véase Informes UM/007/14<sup>5</sup> y UM/008<sup>6</sup>) como aquélla que lo realiza indirectamente, a través de la imposición de una serie o conjunto de trabas o limitaciones a la actuación de las empresas afectadas, y que lleven al mismo resultado.*

El Tribunal de Justicia de la UE se ha pronunciado en repetidas ocasiones sobre la prohibición de trato discriminatorio entre operadores de distintos territorios de la UE, y, entre otras, en las SSTJUE de 6 de diciembre de 2007 (C-456/05),

---

<sup>4</sup> Informe de 30 de diciembre de 2015 sobre la reclamación presentada al amparo del artículo 26 de la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado, contra la exigencia de inscripción de instalaciones en el Registro de la Comunidad Autónoma otorgante de subvenciones para la financiación de programas de formación dirigidos prioritariamente a trabajadores ocupados (UM/100/15).

<sup>5</sup> Informe de 21 de abril de 2014, sobre la reclamación presentada al amparo del artículo 26 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la Unidad de Mercado, por [la empresa] contra la Resolución de 31 de marzo de 2014 por la que se deniega a esta empresa la autorización de la instalación de una unidad de obtención de muestras para análisis clínicos en Cáceres (UM/007/14).

<sup>6</sup> Informe de 21 de abril de 2014, sobre la reclamación presentada al amparo del artículo 26 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la Unidad de Mercado, por [la empresa] contra la Resolución de 31 de marzo de 2014 por la que se deniega a esta empresa la autorización de la instalación de una unidad de obtención de muestras para análisis clínicos en Badajoz (UM/008/14).

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).

En los apartados 54 y 55 de la STJUE de 6 de diciembre de 2007 (C-456/05) el TJUE declaró que:

*“Sin embargo, es forzoso reconocer que la doble exigencia impuesta a los interesados, consistente, de un lado, en tener que ejercer su actividad en una región de Alemania en el régimen de concertación alemán durante el período de referencia y, de otro, en tener que presentar una solicitud de autorización en virtud del régimen de esta misma región, puede suponer, por su propia naturaleza, una ventaja para los psicoterapeutas establecidos en Alemania con respecto a los establecidos en otros Estados miembros durante el citado período. (...) De esta forma, la exigencia impuesta por las disposiciones transitorias perjudica a las personas que hayan hecho uso de su libertad de establecimiento y, por el contrario, favorece a aquellos que no hayan desplazado el centro de sus actividades o que lo hayan desplazado dentro de una misma región de Alemania”.*

Y en el apartado 66 de la STJUE de 20 de mayo de 2010 (C-56/09) el TJUE señaló que:

*“el artículo 49 TCE debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro que concede a los sujetos pasivos la posibilidad de deducir de la cuota íntegra los gastos relativos a cursos de enseñanza universitaria impartidos por los centros universitarios situados en el territorio de dicho Estado miembro, pero excluye con carácter general tal posibilidad respecto a los gastos de enseñanza universitaria en un centro universitario privado radicado en otro Estado miembro;”*

En este caso concreto, está claro que, considerando la puntuación total máxima que puede alcanzarse en la convocatoria (8 puntos), la mayoría de ellos (5 puntos, más de la mitad) son otorgados por el mero hecho de que el operador esté domiciliado en el municipio convocante, sin consideración a las actividades artesanal y ambulantes propias del mercado de Navidad (a las que se concede única y respectivamente, 1 y 2 puntos).

La Audiencia Nacional, en su Sentencia de 22 de diciembre de 2017 (recurso 163/2016) recaída con relación a los procedimientos de esta Comisión [UM/019/16](https://www.cnmc.es/node/345660)<sup>7</sup> (aplicación artículo 27 LGUM) y [UM/102/15](https://www.cnmc.es/node/345878)<sup>8</sup> (aplicación del artículo 26 LGUM) consideró que concurría discriminación entre operadores por motivos territoriales cuando se asignaba por esta razón mayor puntuación que pudiese alterar de manera notable el resultado de la valoración de ofertas y la adjudicación final de la ayuda o, como en este caso, del puesto ambulante navideño.

<sup>7</sup> <https://www.cnmc.es/node/345660>.

<sup>8</sup> <https://www.cnmc.es/node/345878>.

La Audiencia Nacional declaró también, en su sentencia, que la desproporción en el trato a operadores supone una infracción del principio de libre establecimiento y circulación, también tutelado por el artículo 18 LGUM. La Audiencia cita, en esta cuestión, la anterior Sentencia del Tribunal Constitucional nº 27/2012, de 1 de marzo de 2012 ([BOE nº 75 de 28.03.2012<sup>9</sup>](#)) sobre valoración de méritos en un concurso público. En dicha sentencia, el Tribunal Constitucional declaró que la existencia de una discriminación a través de la desproporción del valor asignado como mérito concreto podía predeterminar el resultado de todo el concurso.

Asimismo, la propia Audiencia Nacional también ha anulado, más recientemente, en su Sentencia de 29 de octubre de 2019 (recurso nº 7/2017), un precepto incluido en una convocatoria pública que valoraba en más del 50% (55 puntos sobre 100) la experiencia acumulada por entidades de y dentro de la propia Comunidad frente a la experiencia acumulada en otros territorios por empresas del resto del Estado. Dicha Sentencia se refería a los expedientes de esta Comisión UM/148/16, UM/017/16<sup>10</sup> y UM/125/16<sup>11</sup>.

En este supuesto concreto, como se ha indicado anteriormente, la valoración territorial (5 puntos para operadores locales y 3 puntos para operadores autonómicos) supera (en el caso de los operadores locales) o iguala (en el supuesto de los operadores autonómicos) la puntuación total resultante de aplicar todos los criterios de actividad económica (1 punto por cualificación profesional de artesano/a + 2 puntos por dedicación exclusiva a venta ambulante = 3 puntos). Y, en el caso de los operadores locales, los cinco puntos otorgados representan más de la mitad de la puntuación total máxima (8 puntos) que puede recibir cualquier operador que participe en el proceso de adjudicación de puestos.

### III. CONCLUSIONES

A juicio de esta Comisión, la mayor valoración o puntuación otorgada en el artículo 6º de las Bases Regulatoras del funcionamiento y otorgamiento de las autorizaciones preceptivas para el ejercicio de venta en el Mercado de Navidad de Oviedo 2019/2020<sup>12</sup> a los comerciantes locales (5 puntos) resulta contraria al principio de no discriminación del artículo 18 LGUM, al representar más de la mitad de la puntuación total máxima (8 puntos) que puede recibir cualquier

<sup>9</sup> <https://www.boe.es/boe/dias/2012/03/28/pdfs/BOE-A-2012-4319.pdf>.

<sup>10</sup> <https://www.cnmc.es/node/345650>.

<sup>11</sup> <https://www.cnmc.es/node/345892>.

<sup>12</sup>

[https://sede.oviedo.es/documents/25047/763761/8349295\\_Bases+Reguladoras+Mercado+Navidad\\_2.pdf/e620ca7a-388f-46c8-bee9-05d1b7f17c64](https://sede.oviedo.es/documents/25047/763761/8349295_Bases+Reguladoras+Mercado+Navidad_2.pdf/e620ca7a-388f-46c8-bee9-05d1b7f17c64).



operador que se presente al proceso de adjudicación de puestos del Mercado de Navidad, según lo señalado por la Audiencia Nacional en aplicación de la LGUM, en sus Sentencias de 22 de diciembre de 2017 (recurso 163/2016) y 29 de octubre de 2019 (recurso nº 7/2017).

En el caso de que la autoridad local reclamada no suprimiera el sistema o criterio de valoración o puntuación arriba indicado, esta Comisión vendría legitimada para impugnarlo, de conformidad con lo previsto en el artículo 27 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado y las especialidades procesales previstas en los artículos 127 bis ter y quáter de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.