

INFORME DE 2 DE SEPTIEMBRE DE 2020 SOBRE LA RECLAMACIÓN PRESENTADA, AL AMPARO DEL ARTÍCULO 28 DE LA LEY 20/2013, DE 9 DE DICIEMBRE, DE GARANTÍA DE LA UNIDAD DE MERCADO, POR LA QUE SE DENUNCIA LA FIJACIÓN DE CRITERIOS GEOGRÁFICAMENTE DISCRIMINATORIOS Y DE PLANIFICACIÓN ECONÓMICA EN LA ADJUDICACIÓN DE PUESTOS AMBULANTES EN UNA FERIA MUNICIPAL POR PARTE DEL AYUNTAMIENTO DE ATXONDO (UM/038/20).

I. ANTECEDENTES Y OBJETO DEL INFORME

Mediante un escrito presentado el día 24 de julio de 2020 en el Registro General del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital, un particular ha planteado, una reclamación al amparo del artículo 28 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado (LGUM) contra la fijación por parte del Ayuntamiento de Atxondo de criterios geográficamente discriminatorios y de planificación económica en la adjudicación de puestos ambulantes en ferias municipales.

II. CONSIDERACIONES

II.1) Contenido de las restricciones objeto de reclamación.

El reclamante denuncia, básicamente, la existencia de restricciones discriminatorias de acceso a la Feria Anual Agrícola y Artesana de Atxondo. Concretamente, de acuerdo con el Decreto de la Alcaldía de 10 de octubre de 2016, regulador de la Feria Anual Agrícola y de Artesanía, celebrada en dicho municipio, cada primer domingo de diciembre:

- No es deseable que concurren varios vendedores ofreciendo el mismo producto y falten otros productos (de artesanía o alimentación), de forma que, si existen “demasiados” vendedores de determinado producto, el Ayuntamiento determinará la prioridad de adjudicación (artículo 3) según tres criterios establecidos en los artículos 4, 5 y 6 del Decreto.
- El primero de los criterios en la prioridad de adjudicación, en el supuesto de varios vendedores de un mismo producto, es el criterio geográfico (artículo 4), de forma que se da prioridad a los productores del municipio, luego a los de la comarca y, finalmente, a los de la misma provincia.
- Los otros dos criterios de prioridad son los jóvenes o nuevos productores (artículo 5), para favorecer su acceso al mercado, así como la producción ecológica (artículo 6) para apoyar la sostenibilidad ambiental.

El reclamante no se opone al criterio de joven o nuevo productor ni tampoco al criterio medioambiental de selección, pero discute los criterios de limitación numérica de vendedores y de prioridad geográfica (municipio, comarca, provincia).

II.2) Análisis de la normativa de aplicación.

II.2.1) Marco estatal.

El artículo 4 del Real Decreto 199/2010, de 26 de febrero, por el que se regula el ejercicio de la venta ambulante o no sedentaria señala, sobre el procedimiento de selección, que:

*El procedimiento para el otorgamiento de la autorización para el ejercicio de la venta ambulante o no sedentaria y para la cobertura de las vacantes será determinado por cada ayuntamiento, **respetando, en todo caso, el régimen de concurrencia competitiva, así como las previsiones contenidas en los artículos 86 y siguientes de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas, así como del capítulo II de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicio y su ejercicio.***

El procedimiento será público y su tramitación deberá desarrollarse conforme a criterios claros, sencillos, objetivos y predecibles. En la resolución del procedimiento se fijarán los requisitos de la autorización, que habrán de ser necesarios, proporcionales y no discriminatorios.

Por su parte, el artículo 92.1 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, prevé que:

*Las autorizaciones se otorgarán directamente a los petitionarios que reúnan las condiciones requeridas, salvo **si, por cualquier circunstancia, se encontrase limitado su número, en cuyo caso lo serán en régimen de concurrencia** y si ello no fuere procedente, por no tener que valorarse condiciones especiales en los solicitantes, mediante sorteo, si otra cosa no se hubiese establecido en las condiciones por las que se rigen.*

En el Capítulo II de la Ley 17/2009, aplicable a la selección de vendedores ambulantes, se recogen, entre otros, el principio de no discriminación por lugar de establecimiento, el principio de necesidad y proporcionalidad (artículo 5 de la Ley 17/2009), así como los principios de publicidad, objetividad, imparcialidad, transparencia y concurrencia competitiva en los supuestos de limitación del número de autorizaciones (artículo 8, como es el caso objeto de este informe).

Y el artículo 10 de la propia Ley 17/2009 prohíbe expresamente requisitos discriminatorios por razón de lugar de establecimiento (artículo 10.a) y los de mera naturaleza económica o planificación (artículo 10.e).

II.2.2) Normativa autonómica sobre venta ambulante.

El artículo 16 de la Ley vasca 7/1994 de 27 de mayo, de actividad comercial, fija cuatro requisitos mínimos para que los municipios otorguen la autorización a los vendedores ambulantes. Dichos requisitos no se refieren al procedimiento de selección en sí sino a la exigencia de que los vendedores ambulantes que operen en el municipio estén dados de alta en el IAE, la Seguridad Social, cumplan las normas higiénico-sanitarias y faciliten un domicilio a efectos de localización o notificaciones.

II.3) Análisis del asunto desde la perspectiva de la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado.

Del artículo 2 LGUM, en relación con la letra b) del Anexo de la misma norma, se desprende que la LGUM se aplica a “cualquier actividad de carácter empresarial o profesional que suponga la ordenación por cuenta propia de los medios de producción, de los recursos humanos, o ambos, con la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes o en la prestación de servicios”.

Por tanto, a la actividad de vendedor ambulante le resulta de aplicación la LGUM. Así se deriva de la lectura de la Exposición de Motivos de la propia Ley¹.

II.3.1) Sobre el criterio de prioridad territorial o geográfica del artículo 4 del Decreto regulador de la Feria de Atxondo.

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 una feria municipal), 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.*

¹ “La Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sienta un precedente en materia de unidad de mercado para el sector servicios que se considera debe extenderse a todas las actividades económicas. Así, esta Ley se aplicará también a los sectores expresamente excluidos de la Directiva de Servicios (como por ejemplo las comunicaciones electrónicas; el transporte, las empresas de trabajo temporal, la seguridad privada, etc.) y a la circulación de productos.”

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 Comisión² 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.

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), 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).

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 (aplicación artículo 27 LGUM) y UM/102/15 (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.

En el supuesto que nos ocupa, a igualdad de características (mismo producto), tendrá preferencia absoluta el vendedor municipal sobre el comarcal y sobre el provincial, por lo que es patente el trato discriminatorio territorial.

La naturaleza “absoluta” de dicha preferencia determina que la discriminación sea aún más acusada que la analizada en el Informe UM/085/19 de 27 de

² 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).

noviembre de 2019, así como en el Informe SECUM 26/19054 de 25 de noviembre de 2019. En ese caso se fijaba distinta puntuación según el origen del vendedor, recibiendo la más elevada los vendedores locales (5 puntos) aunque los del resto de la comunidad autónoma también tenían puntuación (3 puntos) así como los del resto del Estado (1 punto).

II.3.1) Sobre el criterio de planificación económica del artículo 3 del Decreto regulador de la Feria de Atxondo.

El artículo 18.2.g) prohíbe:

Requisitos de naturaleza económica o intervención directa o indirecta de competidores en la concesión de autorizaciones, en los términos establecidos en las letras e) y f) del artículo 10 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.

Por su parte, el artículo 10.e) de la Ley 17/2009 proscribía los

e) Requisitos de naturaleza económica que supediten la concesión de la autorización a la prueba de la existencia de una necesidad económica o de una demanda en el mercado, a que se evalúen los efectos económicos, posibles o reales, de la actividad o a que se haga una apreciación de si la actividad se ajusta a los objetivos de programación económica fijados por la autoridad competente o a que se comercialicen productos o servicios de un tipo o procedencia determinada. Las razones imperiosas de interés general que se invoquen no podrán encubrir requisitos de planificación económica.

Como ha señalado recientemente el Tribunal Supremo en su sentencia 349/2020 (recurso 213/2018) de 10 de marzo de 2020, las restricciones de índole económica (p.ej. prohibición temporal de transmisión de autorizaciones, en el caso de la sentencia o limitación del número de vendedores de un mismo producto en el caso de este informe) no justificadas en alguna o algunas de las razones imperiosas de interés general del artículo 3.11 de la Ley 17/2009 (en relación con el artículo 5 LGUM) pueden incardinarse en los requisitos de “planificación económica” prohibidos por los artículos 18.2.g) LGUM y 10.e) Ley 17/2009.

En este supuesto concreto, el Ayuntamiento de Atxondo no justifica la limitación en el número de vendedores de un mismo producto en ninguna de las razones imperiosas del artículo 3.11, aludiendo únicamente a la necesidad de ofrecer una mayor “variedad” de productos a los consumidores que acudan a la feria anual. Ello no puede compadecerse con la defensa de los derechos, seguridad y salud de consumidores y usuarios, único motivo incluido en el mencionado artículo 3.11 de la Ley 17/2009.

III. CONCLUSIONES

A juicio de esta Comisión:

1º.- La recomendación o previsión de un solo vendedor ambulante por cada clase de producto recogida en el artículo 3 del Decreto Regulador de la Feria Anual Agrícola de Atxondo constituye un criterio de planificación económica prohibido por los artículos 18.2.g) LGUM y 10.e) Ley 17/2009, en la línea de lo indicado por el Tribunal Supremo en su sentencia 349/2020 (recurso 213/2018) de 10 de marzo de 2020.

2º.- La prioridad territorial absoluta prevista en el artículo 4 del Decreto Regulador a favor de los productores locales, comarcales y provinciales resulta contraria al principio de no discriminación por lugar de establecimiento del artículo 18.2.a) LGUM, tal y como ha señalado esta Comisión en un caso similar en su Informe UM/085/19 de 27 de noviembre de 2019, así como la SECUM en su Informe 26/19054 de 25 de noviembre de 2019.

Cabe traer a colación también la Sentencia de la Audiencia Nacional de 22 de diciembre de 2017 (recurso 163/2016) así como, en el ámbito de la Unión Europea, 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). En todas las sentencias citadas se prohíbe la discriminación por razón del lugar de domicilio del operador económico.

3º.- Por ello, se recomienda al Ayuntamiento de Atxondo que revise su Decreto Regulador para adaptarlo a los principios y regulación de la LGUM y de la Ley 17/2009.