

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 APLICACIÓN POR PARTE DEL AYUNTAMIENTO DE SOPUERTA DE CRITERIOS ARBITRARIOS Y DISCRIMINATORIOS AL DETERMINAR LA UBICACIÓN DE LOS PUESTOS AMBULANTES AUTORIZADOS EN UNA FERIA MUNICIPAL (UM/042/20).

I. ANTECEDENTES Y OBJETO DEL INFORME

Mediante un escrito presentado el día 29 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 aplicación por parte del Ayuntamiento de Sopena de criterios arbitrarios y discriminatorios al determinar la concreta ubicación de los puestos ambulantes autorizados en la Feria de la Chacinería¹, feria anual celebrada en dicha localidad cada primer domingo de marzo.

II. CONSIDERACIONES

II.1) Contenido de las restricciones objeto de reclamación

El reclamante denuncia, básicamente, la existencia de una práctica discrecional y discriminatoria en la adjudicación de puestos ambulantes

El pasado día 31 de enero de 2020 el reclamante recibió vía correo electrónico las bases para la participación en la Feria de Chacinería 2020 del Ayuntamiento de Sopena, en las que figuraba que se iban a instalar 8 *txosnas* (un tipo de taberna ambulante).

El día 14 de febrero de 2020 el interesado recibió un segundo correo electrónico en el que el Ayuntamiento le indicaba que, al haber más solicitudes que espacios, iba a realizar un sorteo público el día 17 febrero a las 9.30 horas. En dicho sorteo se estableció un orden de prelación de los puestos ya autorizados.

El interesado entendió que el orden de aparición en el sorteo se utilizaría para dar a elegir a los participantes entre las diferentes ubicaciones disponibles. Según el reclamante, una ubicación más cercana al centro del evento puede facturar 4 ó 5 veces más que una más alejada.

¹ <http://www.sopena.biz/es-ES/Turismo/Fiestas/Paginas/FerFeriadelaChacineria.aspx>.

No obstante, al comentarlo con la alcaldesa, la misma le indicó que el sorteo celebrado sólo era para decidir quién iba a la feria y quien no, dejando en manos del Ayuntamiento qué operador iba a ocupar cada ubicación.

Al recibir esa respuesta el interesado solicitó a la secretaria municipal allí presente que se garantizase la concurrencia competitiva. Esta explicó que el primer comerciante autorizado salido del sorteo elegiría entre todas las posibles ubicaciones previstas por la organización; el segundo comerciante salido del sorteo escogería entre las restantes ubicaciones disponibles, y así sucesivamente hasta cubrirse todas las vacantes.

A pesar de esta explicación, a las 13:31 horas del 25 de febrero de 2020, el reclamante es informado desde el Ayuntamiento que el espacio ferial no se va a repartir según el orden del sorteo, sino que los participantes deben acudir al mismo espacio ocupado en ediciones anteriores.

El reclamante considera que la aplicación del criterio fijado por el Ayuntamiento (ocupación del mismo espacio de ediciones anteriores) resulta arbitrario y discriminatorio, contrario al principio de concurrencia competitiva.

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, los principios de no discriminación por lugar de establecimiento, 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).

II.2.2) Normativa autonómica sobre venta ambulante y postura de la Autoridad Vasca de la Competencia

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.

Por otro lado, en el apartado 41 del Informe de la Autoridad Vasca de la Competencia (AVC nº 240 PROM 2018²) se dice claramente que:

El procedimiento de selección de los puestos de venta ambulantes con ocasión de los mercados ocasiones debe ser determinado por cada ayuntamiento, respetando, en todo caso, el régimen de concurrencia competitiva y de los principios de transparencia, imparcialidad, no discriminación y publicidad.

II.2.3) Normativa municipal aplicable y postura del Tribunal Superior de Justicia de Euskadi

En el apartado 2 de las Bases Generales 2020 de la Feria de Chacinería de Sopuerta, adjuntadas en la reclamación, se habla de criterios de adjudicación de los puestos. Se establece una prioridad lógica a favor de los productores de “chacinería”, al constituir el objeto principal de la feria. A continuación, se señala que, entre los chacineros presentados, se otorgarán los puestos por riguroso orden de presentación de solicitudes. Si, aún así, hubiera mayor número de solicitudes, se fija la preferencia de los productos “encartados” sobre los no encartados.

² II INFORME SOBRE LA ADJUDICACIÓN DE PUESTOS EN LOS MERCADOS Y FERIAS LOCALES

(https://www.competencia.euskadi.eus/contenidos/informacion/informes/es_informes/II%20Informe%20adjudicaci%C3%B3n%20puestos%20en%20ferias%20agr%C3%ADcolas%20de%20Bilbao.pdf).

Sin embargo, no se regula la determinación de la ubicación de cada puesto autorizado, señalándose únicamente en el apartado 8 de las Bases la obligación de respetar el “número y lugar asignado” a cada participante por la entidad organizadora de la feria.

Finalmente, en el apartado 14 de las Bases se dice que, en caso de que las solicitudes excedan al número de puestos, se procederá a un sorteo público, hecho que ya ha sucedido.

En la Sentencia del Tribunal de Justicia de Euskadi nº 274/2019 (recurso 720/2019) de 10 de octubre de 2019 se recuerda la necesidad de respetar los principios de concurrencia competitiva, no discriminación e igualdad de trato entre licitadores en la adjudicación de puestos municipales en ferias:

....los requisitos de ser asociación sin ánimo de lucro y bergaresa a la que se supeditaba el otorgamiento del uso privativo del puesto municipal para venta de talos en la feria local, no es conforme a derecho al resultar contrarios a los principios de concurrencia competitiva, no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores y salvaguarda de la libre competencia.

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, y siendo la actividad de vendedor ambulante una actividad empresarial, también le resulta de aplicación la LGUM. Así se deriva de la lectura de la Exposición de Motivos de la propia LGUM³.

El artículo 18.2.g) LGUM 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.

³ “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.”

Por su parte, el artículo 10.e) de la Ley 17/2009 proscribe 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 del Tribunal Supremo, o, en este supuesto, repetición de las ubicaciones asignadas en ferias anteriores priorizando la “antigüedad” de los feriantes) 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 Sopuerta no ha justificado en ninguna de las razones imperiosas de interés general del artículo 5 LGUM la reiteración o repetición de las ubicaciones de puestos asignadas en años anteriores de la misma Feria, en vez de asignarlas de nuevo según orden resultante del sorteo público de las autorizaciones, tal y como solicita el reclamante.

Caben varias opciones, como un sorteo de asignación de ubicaciones con dos insaculaciones, de forma que en un saco estuvieran los nombres de todos los comerciantes de puestos autorizados y, en el otro, las ubicaciones.

Ya fuera mediante el método propuesto por el reclamante o bien mediante otro equivalente, cada año, los participantes en la Feria anual tendrían asignada una ubicación derivada de sorteo, lo que sin duda favorecería una mayor concurrencia y evitaría la consagración de reservas de puesto a favor de determinados operadores.

El criterio de repetición de las ubicaciones aplicado por el Ayuntamiento en 2020 favorece claramente a los participantes antiguos de la misma feria (que conservan su ubicación antigua) frente a los nuevos vendedores entrantes, siendo un criterio de naturaleza eminentemente económica.

En el supuesto de la Feria de Sopuerta, aunque no se busque evitar la entrada de nuevos operadores económicos (como sí sucedía en la STS 349/2020), sí se les dificulta el ejercicio de su actividad poniéndoles en una situación

desventajosa (peor ubicación en la feria, esto es, en el mercado) respecto de los comerciantes antiguos, de forma discriminatoria y contraria a los artículos 3 y 18 LGUM.

III. CONCLUSIONES

A juicio de esta Comisión:

1º.- La práctica o criterio del Ayuntamiento de Sopena de repetir, para el año 2020, las ubicaciones asignadas en años anteriores a los puestos ambulantes autorizados de la Feria de la Chacinería, en vez de someter dichas ubicaciones a sorteo público, constituye un criterio de planificación económica que favorece a los participantes antiguos frente a los nuevos participantes, criterio prohibido por los artículos 18.2.g) LGUM y 10.e) Ley 17/2009, en la línea de lo indicado el Tribunal Supremo en su sentencia 349/2020 (recurso 213/2018) de 10 de marzo de 2020.

2º.- Por ello, se recomienda al Ayuntamiento de Sopena que cese en la citada práctica, implantando un nuevo procedimiento de asignación de ubicaciones de acuerdo con los principios y regulación de la LGUM y de la Ley 17/2009.