

INFORME DE 30 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 QUE EL AYUNTAMIENTO DE LLODIO DEJA EN MANOS DE UNA ASOCIACIÓN LA FIJACIÓN DE LOS CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN DE LOS PUESTOS AMBULANTES EN LA FERIA MUNICIPAL DE SAN BLAS

Expediente: UM/050/20

PLENO

Presidenta

D^a Cani Fernández Vicién

Vicepresidente

D. Ángel Torres Torres

Consejeros

D^a María Ortiz Aguilar

D. Mariano Bacigalupo Saggese

D^a María Pilar Canedo Arrillaga

D. Bernardo Lorenzo Almendros

D. Xavier Ormaetxea Garai

D^a Pilar Sánchez Núñez

D. Carlos Aguilar Paredes

D. Josep María Salas Prat

Secretario del Consejo

D. Joaquim Hortalà i Vallvé

En Madrid, a 30 de septiembre de 2020

I. ANTECEDENTES Y OBJETO DEL INFORME

Mediante un escrito presentado el día 21 de agosto 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) con relación al Decreto nº 166, de fecha 24 de enero de 2020 (Exp.: J.20-09) dictado por el Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Llodio.

En dicho acto, el Ayuntamiento deniega al reclamante la participación en la Feria municipal de San Blas y se le comunica que los criterios de adjudicación

y selección de puestos ambulantes en dicha feria son establecidos por una asociación.

El reclamante considera que la denegación de la autorización para poner un puesto en la feria municipal motivada en el hecho de que la organización del evento corresponde a una asociación, es contraria al principio de no discriminación y supone una vulneración de la LGUM.

En virtud del artículo 28.2 LGUM, la Secretaría del Consejo para la Unidad de Mercado (SECUM) ha solicitado informe de esta Comisión.

II. CONSIDERACIONES

II.1) Contenido de las restricciones objeto de reclamación

En el Decreto nº 166, de fecha 24 de enero de 2020 (Exp.: J.20-09) por el Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Llodio, tras denegarse la solicitud de participación presentada por el reclamante, se expone el siguiente razonamiento:

Motiva la presente resolución que la organización de la feria de San Blas la realiza la asociación Kukutxe San Blas Feria Elkarte, siendo esta asociación la encargada, bajo su riesgo y ventura, de contratar los distintos actos y de organizar los espacios de venta que para esa feria se autorizan. Es por ello que para la colocación de un puesto de venta ha de ponerse en contacto con los organizadores de la feria.

De la motivación transcrita se desprende que el Ayuntamiento ha delegado en una asociación la organización de la Feria y el establecimiento de los criterios de distribución y asignación de los puestos ambulantes, hecho denunciado por el reclamante en su escrito.

II.2) Análisis de la normativa de aplicación

II.2.1) Marco estatal sobre venta ambulante

Por un lado, el artículo 2 del Real Decreto 199/2010, de 26 de febrero, por el que se regula el ejercicio de la venta ambulante o no sedentaria, declara que es cada ayuntamiento el competente para fijar las zonas de emplazamiento para el ejercicio de la venta ambulante, así como autorizar el emplazamiento concreto de cada puesto ambulante:

Corresponderá a los ayuntamientos determinar la zona de emplazamiento para el ejercicio de la venta de ambulante o no sedentaria, fuera de la cual no podrá ejercerse la actividad comercial. Los puestos de venta ambulante o no sedentaria no podrán situarse en los accesos a edificios de uso público, establecimientos comerciales e industriales, ni en lugares que dificulten el acceso y la circulación.

Para cada emplazamiento concreto y por cada una de las modalidades de venta ambulante o no sedentaria que el comerciante se proponga ejercer, deberá solicitar una autorización, que será otorgada por el ayuntamiento respectivo.

Por otro lado, el artículo 4 del citado RD 199/2010 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 peticionarios 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 cuanto al Capítulo II de la Ley 17/2009, aplicable a la selección de vendedores ambulantes, en él 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, como es el caso de este informe).

Y el artículo 10 de la propia Ley 17/2009 prohíbe expresamente requisitos discriminatorios por razón de lugar de establecimiento (art.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 de IAE, de 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 2018¹ 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 en materia de venta ambulante

El artículo 25.2.i) de la Ley 7/1985, de 7 de abril, de Bases de Régimen Local (LBRL) atribuye a los municipios la competencia sobre

i) *Ferias, abastos, mercados, lonjas y comercio ambulante.*

Así lo recuerda la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 31 de enero de 2020 (nº recurso 949/2019):

"Por tanto, el Ayuntamiento demandado, que en ejercicio de las competencias enmarcadas en el artículo 25.2 i) de la LBRL, ("ferias, abastos, mercados, lonjas y comercio ambulante") promueve y organiza directamente esa actividad ferial, no puede eximirse, so capa de discrecionalidad, de observar unas mínimas reglas públicas, objetivas, anticipadas, e igualitarias, de competencia entre los aspirantes."

Por su parte, en la sentencia del Tribunal de Justicia del País Vasco de 10 de octubre de 2019 (nº recurso 720/2019) 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."

¹ 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).

El Ayuntamiento de Llodio no dispone de ordenanza específica en materia de venta ambulante².

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, tal y como se ha indicado también expresamente en los anteriores informes de esta Comisión UM/038/20 y UM/042/20 de 2 de septiembre de 2020.

En lo que se refiere al principio de necesidad y proporcionalidad, el artículo 5 de la LGUM los define de la siguiente manera:

1. Las autoridades competentes que en el ejercicio de sus respectivas competencias establezcan límites al acceso a una actividad económica o su ejercicio de conformidad con lo previsto en el artículo 17 de esta Ley o exijan el cumplimiento de requisitos para el desarrollo de una actividad, motivarán su necesidad en la salvaguarda de alguna razón imperiosa de interés general de entre las comprendidas en el artículo 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio. 2. Cualquier límite o requisito establecido conforme al apartado anterior, deberá ser proporcionado a la razón imperiosa de interés general invocada, y habrá de ser tal que no exista otro medio menos restrictivo o distorsionador para la actividad económica.

En el mismo sentido se pronuncia el artículo 4 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP), que recoge los principios de intervención de las Administraciones Públicas para el desarrollo de una actividad.

² <http://www.laudio.eus/es/ayuntamiento/ordenanzas-y-reglamentos>.

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 17.1 LGUM señala que:

1. Se podrá establecer la exigencia de una autorización siempre que concurren los principios de necesidad y proporcionalidad, que habrán de motivarse suficientemente en la Ley que establezca dicho régimen. Cuando el régimen de autorización se exija por norma comunitaria o tratado internacional las autorizaciones podrán estar previstas en una norma de rango inferior a la Ley. **Se considerará que concurren los principios de necesidad y proporcionalidad para la exigencia de una autorización:**

a) Respecto a los operadores económicos, cuando esté justificado por razones de orden público, seguridad pública, salud pública o protección del medio ambiente en el lugar concreto donde se realiza la actividad, y estas razones no puedan salvaguardarse mediante la presentación de una declaración responsable o de una comunicación.

b) Respecto a las instalaciones o infraestructuras físicas necesarias para el ejercicio de actividades económicas, cuando sean susceptibles de generar daños sobre el medio ambiente y el entorno urbano, la seguridad o la salud pública y el patrimonio histórico-artístico, y estas razones no puedan salvaguardarse mediante la presentación de una declaración responsable o de una comunicación.

c) **Cuando por la escasez de recursos naturales, la utilización de dominio público, la existencia de inequívocos impedimentos técnicos o en función de la existencia de servicios públicos sometidos a tarifas reguladas, el número de operadores económicos del mercado sea limitado.**

d) Cuando así lo disponga la normativa de la Unión Europea o tratados y convenios internacionales, incluyendo la aplicación, en su caso, del principio de precaución.

Y el artículo 84bis LBRL prevé que:

1. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo anterior, con carácter general, el ejercicio de actividades no se someterá a la obtención de licencia u otro medio de control preventivo.

No obstante, **podrá exigirse una licencia u otro medio de control preventivo respecto a aquellas actividades económicas:**

a) (...)

b) **Cuando por la escasez de recursos naturales, la utilización de dominio público, la existencia de inequívocos impedimentos técnicos o en función de la existencia de servicios públicos sometidos a tarifas reguladas, el número de operadores económicos del mercado sea limitado.**

Por tanto, en este caso, estaría justificada, a priori, la exigencia de licencia al reclamante por parte del Ayuntamiento para su participación en la Feria de San

Blas de Llodio. Sin embargo, el acto de denegación de la misma constituye también un acto administrativo, sometido también a los principios de necesidad y proporcionalidad.

En otras palabras, debe justificarse la denegación de la licencia en una razón imperiosa de interés general del artículo 3.11 de la Ley 17/2009, debiendo ser dicha denegación proporcionada.

En este caso concreto, el Decreto nº 166, de fecha 24 de enero de 2020 (Exp.: J.20-09) dictado por el Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Llodio no contiene ninguna motivación concreta que justifique la denegación de solicitud de participación del reclamante conforme a los principios del artículo 5 LGUM, por lo que debe considerarse vulnerado dicho precepto. En este sentido cabe recordar la obligación impuesta por el artículo 9.1.b) LGUM:

1. 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 cargas y transparencia.

2. En particular, garantizarán que las siguientes disposiciones y actos cumplen los principios citados en el apartado anterior:

(...)

b) Las autorizaciones, licencias y concesiones administrativas, así como los requisitos para su otorgamiento, los exigibles para el ejercicio de las actividades económicas, para la producción o distribución de bienes o para la prestación de servicios y aquellas materias que versen sobre el ejercicio de la potestad sancionadora o autorizadora en materia económica.

En consecuencia, tanto el otorgamiento o denegación de autorizaciones para participar en ferias municipales, como la fijación de las condiciones de dicha participación, han de adecuarse a los principios establecidos en la LGUM (necesidad, proporcionalidad y no discriminación).

III. CONCLUSIONES

A juicio de esta Comisión:

1º.- La fijación del emplazamiento general de la feria y de los emplazamientos concretos de cada vendedor ambulante es competencia municipal, así como el procedimiento y criterios de selección, según los artículos 2 y 4 del Real Decreto 199/2010, de 26 de febrero, por el que se regula el ejercicio de la venta ambulante o no sedentaria, en relación con el artículo 25.2.i) de la Ley 7/1985, de 7 de abril, de Bases de Régimen Local.

2º.- El ejercicio de dicha competencia, y, concretamente, el otorgamiento o denegación de licencias para participar en ferias ambulantes así como la fijación de las condiciones de participación, debe efectuarse no solamente de acuerdo a los principios previstos en la normativa sectorial de venta ambulante (artículo 4 RD 199/2010) y patrimonial de las Administraciones Públicas (92.1 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre), sino también conforme a los principios de necesidad y proporcionalidad del artículo 5 LGUM y al resto de principios de LGUM.

3º.- En este supuesto concreto, el Decreto nº 166, de fecha 24 de enero de 2020 (Exp.: J.20-09) dictado por el Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Llodio no justifica la denegación de la solicitud de participación presentada por el reclamante en ninguna razón imperiosa de interés general del artículo 3.11 de la Ley 17/2009, por lo que se produce una vulneración de los artículos 5 y 9 LGUM.

Por otro lado, no sólo el acto de denegación de participación sino también las condiciones de participación en la feria están sujetas a los principios de necesidad y proporcionalidad del artículo 5 LGUM y a los demás principios de la LGUM, como el principio de no discriminación del artículo 18.2.a) y la prohibición de requisitos de planificación económica del artículo 18.2.g), principios ya abordados en nuestros anteriores Informes UM/038/20 y UM/042/20 de 2 de septiembre de 2020.

4º.- Por ello, se recomienda al Ayuntamiento de Llodio que revise su Decreto nº 166, de fecha 24 de enero de 2020 (Exp.: J.20-09) así como su regulación y practica administrativas sobre ferias municipales para adaptarlos a los principios y regulación de la LGUM.