

---

**INFORME DE 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, SOBRE POSIBLE TRATO DISCRIMINATORIO ENTRE OPERADORES EN LA DESIGNACIÓN DE PUESTOS AMBULANTES PARA LA FERIA DE LEKEITIO AL AUTORIZARSE SOLAMENTE PUESTOS DE PRODUCTOS DE LA COMARCA DE LEA ARTIBAI POR RAZONES SANITARIAS (COVID-19)**

**Expediente: UM/044/20**

**PLENO**

**Presidenta**

D<sup>a</sup> Cani Fernández Vicién

**Vicepresidente**

D. Ángel Torres Torres

**Consejeros**

D<sup>a</sup> María Ortiz Aguilar

D. Mariano Bacigalupo Saggese

D<sup>a</sup> María Pilar Canedo Arrillaga

D. Bernardo Lorenzo Almendros

D. Xavier Ormaetxea Garai

D<sup>a</sup> Pilar Sánchez Núñez

D. Carlos Aguilar Paredes

D. Josep María Salas Prat

**Secretario**

D. Joaquim Hortalà i Vallvé

En Madrid, a 11 de noviembre de 2020

**I. ANTECEDENTES Y OBJETO DEL INFORME**

Mediante un escrito presentado el día 10 de agosto de 2020 en el Registro General del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital , un comerciante 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 a la decisión del Ayuntamiento de Lekeitio de denegarle su participación en la Feria de Lekeitio del 8 de agosto de 2020, por autorizar únicamente puestos de productos de la comarca de Lea Artibai para participar, todo ello con base a razones sanitarias (COVID-19).

El reclamante considera que la denegación de la autorización para poner un puesto en la feria municipal 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 la resolución del Ayuntamiento de Lekeitio por la que se desestima su solicitud de participación en la Feria del 8 de agosto de 2020, se declara que:

*“...se ha tomado la decisión de celebrar la feria, pero únicamente como Feria de Promoción de productos de Lea Artibai, es decir, sin seguir el formato de años anteriores”.*

### 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 2018<sup>1</sup> se dice claramente que:

---

<sup>1</sup> II INFORME SOBRE LA ADJUDICACIÓN DE PUESTOS EN LOS MERCADOS Y FERIAS LOCALES

*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 nº 21/2020 de 31 de enero de 2020 (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."*

Y en la anterior Sentencia del Tribunal de Justicia del País Vasco 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."*

El Ayuntamiento de Lekeitio cuenta con una Ordenanza propia de venta ambulante, aprobada por el Pleno de 21 de marzo de 1996<sup>2</sup>. El artículo 20 de dicha ordenanza establece la prioridad en la adjudicación de puestos favorable a los comerciantes domiciliados en el municipio, lo que podría resultar contrario al a continuación.

---

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

<sup>2</sup>

[http://www.lekeitio.com/es-ES/Ayuntamiento/Ordenanzas-Reglamentos/Otras\\_ordenanzas/05\\_Kaleko%20salmenta.pdf](http://www.lekeitio.com/es-ES/Ayuntamiento/Ordenanzas-Reglamentos/Otras_ordenanzas/05_Kaleko%20salmenta.pdf).

---

Por su parte, los artículos 11 y 16 recogen la regulación aplicable a los productos alimenticios, que están sujetos al cumplimiento de las normas higiénico-sanitarias y a la aprobación por parte de la autoridad competente en esta materia.

### **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 LGUM<sup>3</sup>, tal y como se ha indicado también expresamente en los anteriores informes de esta Comisión UM/038/20 y UM/042/20 de 02 de septiembre de 2020 así como el informe UM/050/20 de 30 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.

---

<sup>3</sup> “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.*

(...)

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.***

(...)

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) *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) *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. (...)***

En este caso concreto, se justifica la limitación de la participación de los vendedores ambulantes autorizados a únicamente aquellos procedentes de la comarca de Lea Artibai por razones de salud pública vinculadas a la pandemia de COVID-19.

Por un lado, es cierto que el mantenimiento y defensa de la salud pública constituye una razón imperiosa de interés general prevista tanto en los artículos 5 y LGUM L como en el artículo 84bis LBRL.

Por su parte, el artículo 3 de la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública señala que:

*Con el fin de controlar las enfermedades transmisibles, la autoridad sanitaria, además de realizar las acciones preventivas generales, podrá adoptar las medidas oportunas para el control de los enfermos, de las personas que estén o hayan estado en contacto con los mismos y del medio ambiente inmediato, así como las que se consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible.*

En este sentido, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña confirmó la medida cautelar de confinamiento perimetral de una comarca catalana concreta, el Segrià, a través del Auto de 18 de agosto de 2020 (recurso nº 263/2020), declarando que:

*(...) las consecuencias económicas que se alegan en el escrito de la parte recurrente, no pueden alterar el contenido y finalidad de las medidas adoptadas en la resolución administrativa, por cuanto éstas tienen un único fundamento, como es la salvaguarda de la salud de las personas de la Comarca del Segrià, ante la grave situación sanitaria de la misma y el alto nivel de contagios debido a la extensión de los efectos de la pandemia del Covid-19.*

En el supuesto concreto de la comarca vasca de Lea Artibai, resultaría necesario y proporcionado limitar la participación de vendedores ambulantes de la Feria de Lekeitio a los procedentes de aquella comarca en el supuesto de que se hubiese decretado el cierre o confinamiento perimetral de dicha comarca por parte de la Autoridad sanitaria competente, al igual que ocurrió, por ejemplo, con la comarca catalana del Segrià.

En el supuesto contrario, esto es, en caso de no haberse acordado el cierre perimetral, el establecimiento de una medida de este tipo, además de resultar contraria al principio de necesidad y proporcionalidad, resultaría discriminatoria para los vendedores procedentes de otras localidades de fuera de la comarca.

Debe recordarse, tal y como se indicó en el Informe UM/038/20 de 02 de septiembre de 2020, que 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.*

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.

Por su parte, 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.

Finalmente, 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

---

<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).

---

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 el supuesto que nos ocupa, la decisión del Ayuntamiento de Lekeitio establece una discriminación favorable a los comerciantes de la comarca de Lea Artibai y en perjuicio de comerciantes de fuera de dicha comarca. Del mismo modo, el artículo 20 de la Ordenanza de Venta Ambulante de dicho Ayuntamiento fija un criterio territorial general discriminatorio a favor de los vendedores domiciliados en dicho municipio.

### **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 de los artículos 5 y 17 LGUM y de no discriminación entre operadores de los artículos 3 y 18 LGUM

**3º.-** En este supuesto concreto, la decisión del Ayuntamiento de Lekeitio de limitar la participación de los vendedores ambulantes en la Feria de 8 de agosto a únicamente aquéllos procedentes de la comarca vasca de Lea Artibai, constituye una restricción a la actividad económica en el sentido del artículo 5 LGUM.

**4º.-** Dicha limitación únicamente estaría justificada por la razón imperiosa de interés general de defensa y mantenimiento de la salud pública (artículos 5 y 17 LGUM y 84bis LBRL) en el supuesto de haberse decretado el cierre o confinamiento perimetral de dicha comarca por motivos sanitarios y por parte de la autoridad competente, al igual que sucedió en el caso autorizado de la comarca catalana del Segrià (véase Auto del TSJ Cataluña de 18 de agosto de 2020, recurso nº 263/2020). De lo contrario, la medida adoptada no solamente sería innecesaria y desproporcionada sino también discriminatoria y contraria a los artículos 3 y 18 LGUM, al adoptarse en perjuicio de vendedores domiciliados fuera de la comarca.

**5º.-** Por todo ello, se recomienda al Ayuntamiento de Lekeitio que revise su decisión y la aplique solo en el supuesto antes mencionado de confinamiento o cierre perimetral de la comarca. Asimismo, también se aprovecha la ocasión para aconsejar la supresión del criterio territorial discriminatorio incluido en el artículo 20 de la Ordenanza de Venta Ambulante del Ayuntamiento de Lekeitio.