
INFORME 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, RELATIVA A LAS RESTRICCIONES A LA PARTICIPACIÓN EN MERCADOS OCASIONALES CONTENIDAS EN LA ORDENANZA DE VENTA AMBULANTE DEL AYUNTAMIENTO DE LLODIO**Expediente: UM/053/21****PLENO****Presidenta**D^a Cani Fernández Vicién**Vicepresidente**

D. Ángel Torres Torre

ConsejerosD^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 Maria Salas Prat

Secretario

D. Joaquim Hortalà i Vallvé

En Madrid, a 15 de septiembre de 2021

I. ANTECEDENTES Y OBJETO DEL INFORME

Mediante escrito presentado el día 14 de julio de 2021 en el Registro General del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital, se ha informado, al amparo del artículo 28 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado (LGUM), de la barrera a la actividad económica que suponen los artículos 2.5 y 17.3 de la [Ordenanza](#) Municipal Reguladora de la Venta Ambulante del Ayuntamiento de Llodio, publicada en el Boletín Oficial del Territorio Histórico de Araba (BOTH) nº 36 del día 31.03.2021

La SECUM ha dado traslado a la CNMC de la reclamación a los fines del artículo 28 de la LGUM.

II. OBJETO DE LA RECLAMACIÓN

La solicitud presentada tiene por objeto los artículos 2.5 y 17.3 de la Ordenanza Municipal Reguladora de la Venta Ambulante del Ayuntamiento de Llodio.

El artículo 2.5 excluye la venta ocasional como venta ambulante, en el siguiente sentido:

- “5. No tendrán, en ningún caso, la consideración de venta ambulante:*
- La venta a domicilio.*
 - La venta a distancia.*
 - La venta ocasional.*
 - La venta automática realizada mediante máquinas preparadas al efecto.”*

Por su parte, el artículo 17.3 regula la concesión de los llamados “mercados ocasionales” cuando son organizados por terceros¹. En concreto, y a los efectos de la reclamación presentada, en los mercados organizados por terceros la asignación de cada puesto concreto es determinada por el organizador y promotor no estando sujeto al principio de libre competencia, a diferencia de lo que sucede en los casos de mercados organizados por el Ayuntamiento²:

“3. Los mercados ocasionales podrán ser, asimismo, solicitados por personas terceras, públicas o privadas. Dichos mercados podrán tener finalidad promocional, artesanal, artística, agrícola, ferial o cualquier otra que habrá de especificarse en la solicitud a presentar en el Registro de Entrada del Ayuntamiento. En todo caso, la tramitación de la correspondiente autorización se ajustará a las siguientes especialidades:

a. La solicitud y posterior resolución de autorización de celebración del mercado se realizará a nombre de una sola persona solicitante o promotora y no individualmente a las posibles personas titulares de los puestos.

No obstante lo anterior, la persona solicitante o promotora deberá remitir al Ayuntamiento, con una antelación mínima de un mes a la fecha de celebración del mercado, una relación completa de los puestos de venta a instalar, con indicación de las personas ocupantes, productos de venta y declaración del cumplimiento de lo establecido en esta ordenanza y el resto de normativa de aplicación, a efectos de comprobación por parte del Ayuntamiento. (...)

b. El Ayuntamiento, a propuesta única y tramitación interna del servicio competente, resolverá por Decreto de Alcaldía con carácter discrecional y debidamente motivado, sobre los puestos y personas autorizadas, en base al cumplimiento de la normativa de

¹ El artículo 17 prevé que los mercados ocasionales sean organizados por el propio Ayuntamiento o por terceras personas públicas o privadas.

² Según el artículo 17.2 de la Ordenanza, en el supuesto de mercados ocasionales organizados por el Ayuntamiento de Llodio, *“la adjudicación de los puestos previstos y consiguiente ocupación de dominio público se llevará a cabo a través de un procedimiento abierto y público con fijación de criterios objetivos evaluables. En todo caso, en las bases de dicho procedimiento y en la resolución de adjudicación se especificarán los requisitos de la autorización pertinente que habrá de ser, en todo caso, suficientes, necesarios, proporcionales y no discriminatorios”.*

aplicación y al cumplimiento de la finalidad con la que se organiza el mercado solicitado, comunicando dicha resolución al agente promotor del mercado y a las personas titulares de la licencia concedida, debiendo abonar estas últimas la tasa que marque la correspondiente ordenanza fiscal.

En el acuerdo de autorización de estos mercados se fijará su emplazamiento, el número de puestos autorizados, y sus características constructivas y estéticas, los productos a comercializar, las fechas de celebración, los requisitos que deben reunir las personas vendedoras y las demás circunstancias que corresponda fijar por razones de disciplina de mercado.”

A juicio del reclamante ambos preceptos recogen restricciones a la participación en mercados ocasionales contrarias tanto a la LGUM como al principio de concurrencia competitiva, obstaculizando la libertad de establecimiento y el libre ejercicio de la actividad del comercio ambulante en dicha localidad.

III. INCLUSIÓN DE LA ACTIVIDAD DE VENTA AMBULANTE EN EL ÁMBITO DE LA LGUM

El apartado b) del Anexo de la LGUM define las actividades económicas como: *“b) Actividad económica: 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”.*

La actividad objeto de regulación por parte del Ayuntamiento de Llodio ahora analizada, esto es, la venta ambulante, constituye una actividad económica y como tal está incluida en el ámbito de aplicación de la LGUM, según dispone el artículo 2 LGUM³. En este sentido se han manifestado también tanto la Audiencia Nacional como esta Comisión⁴.

IV. ANÁLISIS DE LA RECLAMACIÓN DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LA LGUM

En materia de acceso y ejercicio a las actividades económicas, el artículo 16 de la LGUM parte de un principio general de libre iniciativa económica: *“El*

³ *“Esta Ley será de aplicación al acceso a actividades económicas en condiciones de mercado y su ejercicio por parte de operadores legalmente establecidos en cualquier lugar del territorio nacional.”*

⁴ Véase Sentencia de la Audiencia Nacional de 16 de abril de 2021 (recurso 11/2019, expediente [UM/093/19](#)), que estimó el recurso interpuesto por esta Comisión contra las Bases de un mercado navideño municipal. También ha sido admitida su aplicación en anteriores informes de esta Comisión, entre ellos, en los Informes UM/038/20 de 02 de septiembre de 2020 (Feria Atxondo), UM/042/20 de 02 de septiembre de 2020 (Feria Sopuerta), UM/044/20 de 11 de noviembre de 2020 (Feria Lekeitio) y UM/050/20 de 30 de septiembre de 2020 (Feria Llodio).

acceso a las actividades económicas y su ejercicio será libre en todo el territorio nacional y sólo podrá limitarse conforme a lo establecido en esta Ley y a lo dispuesto en la normativa de la Unión Europea o en tratados y convenios internacionales”.

Así pues, la libre iniciativa económica, que supone el libre acceso y ejercicio de la actividad, solo podrá limitarse, de forma excepcional, cuando exista una razón imperiosa de interés general que lo justifique, y cuando la limitación sea adecuada a dicha razón de interés general y sea asimismo la menos restrictiva posible, según el artículo 5 de la LGUM:

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.

Las razones imperiosas de interés general están previstas 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, en los siguientes términos: “*«Razón imperiosa de interés general»: razón definida e interpretada la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, limitadas las siguientes: el orden público, la seguridad pública, la protección civil, la salud pública, la preservación del equilibrio financiero del régimen de seguridad social, la protección de los derechos, la seguridad y la salud de los consumidores, de los destinatarios de servicios y de los trabajadores, las exigencias de la buena fe en las transacciones comerciales, la lucha contra el fraude, la protección del medio ambiente y del entorno urbano, la sanidad animal, la propiedad intelectual e industrial, la conservación del patrimonio histórico y artístico nacional y los objetivos de la política social y cultural».*

Por otro lado, a tenor del artículo 9 de la Ley las autoridades competentes deberán garantizar que respetan los principios de la LGUM en todas sus actuaciones:

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:

a) Las disposiciones de carácter general que regulen una determinada actividad económica o incidan en ella.

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.

Teniendo en cuenta lo anterior, se procede a analizar las restricciones puestas de manifiesto por el solicitante en su escrito.

(a) Análisis de la restricción contenida en el artículo 2.5 de la Ordenanza: no consideración de la venta ambulante como venta ocasional.

En cuanto a la posible restricción contenida en el artículo 2.5 de la Ordenanza, que no considera “venta ambulante” a la “venta ocasional”, debe señalarse que dicha exclusión no ha sido impuesta por el Ayuntamiento de Llodio sino que se desprende directamente del artículo 23.1 de la Ley vasca 7/1994, de 27 de mayo, de la Actividad Comercial. Dicho precepto considera la “venta ocasional” como una tipología de venta distinta de la “venta ambulante”, en los siguientes términos:

“Se denomina venta ocasional aquella que se realiza por un período inferior a un mes, en establecimientos que no tengan carácter comercial permanente para esta actividad, y que no constituya venta ambulante.”

Por su parte, el artículo 15 de la ya citada Ley vasca 7/1994, define las ventas ambulantes como “aquellas realizadas fuera de un establecimiento comercial, en puestos o instalaciones desmontables, así como en vehículos.”

En atención a lo anterior, ha de concluirse que la Ordenanza se ha limitado a regular la venta ambulante de acuerdo con lo previsto en una norma con rango de Ley sin que pueda, por tanto, cuestionarse su conformidad con la LGUM.

(b) Análisis de las restricciones contenidas en el artículo 17.3 de la Ordenanza: procedimiento de selección no sometido al principio de concurrencia competitiva.

Como se ha señalado anteriormente, el artículo 17.3, al regular los mercados ocasionales organizados por terceras personas, no prevé un procedimiento abierto y público para solicitar los distintos puestos ambulantes del mercado,

sino que es el promotor o solicitante quien presenta una relación completa de los puestos de venta a instalar, con indicación de las personas ocupantes y los productos de venta.

Ello, a diferencia de lo que ocurre con los mercados organizados por el propio Ayuntamiento que, expresamente, se somete al principio de libre concurrencia a la hora de adjudicar los puestos concretos.

Desde esta perspectiva, puede afirmarse que el artículo 17.3 contiene una restricción derivada del proceso de selección de vendedores ambulantes, motivo por el cual, deberá analizarse si existe alguna razón imperiosa de interés general que justifique la diferencia de selección de vendedores ambulantes en función de quién sea el organizador del mercado.

En el artículo 16.1.a) de la ya citada Ley vasca 7/1994, sobre Actividad Comercial se recogen los requisitos para obtener la autorización de venta ambulante, los cuales se refieren básicamente, a cuestiones de protección del consumidor (domicilio del vendedor ambulante para posibles reclamaciones), tributarias (alta y al corriente de pago de IAE y, en su caso, en régimen de seguridad social correspondiente) y de salud pública (cumplimiento de disposiciones higiénicas aplicables a productos vendidos). Estos requisitos podrían englobarse en las razones imperiosas de interés general de protección derechos de los consumidores, protección de salud pública y salud de consumidores y prevención del fraude del artículo 3.11 de la Ley 17/2009.

Sin embargo, en este caso el Ayuntamiento no ha justificado en la Ordenanza que la protección de estas razones de interés general pueda preservarse mejor a través de un procedimiento de solicitud única, cerrado y no sujeto a concurrencia, por lo que dicha restricción resulta contraria a los principios de necesidad y proporcionalidad del artículo 5 LGUM.

Debe recordarse, asimismo, que 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.”

En el mismo sentido se pronuncia el artículo 54 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de ordenación del comercio minorista:

“Corresponderá a los Ayuntamientos otorgar las autorizaciones para el ejercicio de la venta ambulante en sus respectivos términos municipales, de acuerdo con sus normas específicas y las contenidas en la legislación vigente, de acuerdo con el marco respectivo de competencias. (..) El procedimiento para la selección entre los posibles candidatos habrá de garantizar la transparencia y la imparcialidad y, en concreto, la publicidad adecuada del inicio, desarrollo y fin del proceso.”

En aplicación de dicho precepto, el Tribunal Supremo, en sentencia nº 421/2018, de 15 de marzo de 2018 (RC 4007/2015) anuló una ordenanza municipal de venta ambulante por contravenir el principio de concurrencia competitiva

Por último, ha de recordarse que esta Comisión en su Informe UM/050/20 de 30 de septiembre de 2020⁵, ha tenido ya ocasión de pronunciarse acerca de la necesidad de respetar el principio de libre concurrencia en la selección de puestos de venta ambulante por parte del Ayuntamiento de Llodio.

V. CONCLUSIONES

- 1)** La no inclusión de la “venta ambulante” como “venta ocasional” establecida en el artículo 2.3 de la Ordenanza reproduce lo dispuesto en el artículo 23.1 de la Ley vasca 7/1994, de 27 de mayo, de la actividad comercial que considera la “venta ocasional” como una tipología de venta distinta de la “venta ambulante”, existiendo por tanto una reserva de Ley.
- 2)** En relación con la restricción contenida en el artículo 17.3 de la Ordenanza, consistente en el establecimiento de un procedimiento de selección no basado en la concurrencia competitiva, dicha restricción no reúne los requisitos de necesidad y proporcionalidad del artículo 5 LGUM al no ampararse en ninguna razón de interés general de las previstas en el artículo 3.11 de la Ley 17/2009.

⁵ <https://www.cnmc.es/node/383062>.