

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, CON REFERENCIA AL NÚMERO DE PARTICIPACIONES EN ANTERIORES EDICIONES DE LA MISMA FERIA ESTABLECIDO COMO ÚNICO CRITERIO DE EXPERIENCIA PROFESIONAL POR EL AYUNTAMIENTO DE SOPUERTA PARA ADJUDICAR LOS PUESTOS AMBULANTES DE UNA FERIA MUNICIPAL

Expediente: UM/025/22

PLENO

Presidenta

D^a. Cani Fernández Vicién

Consejeros

D^a María Ortiz Aguilar

D. Mariano Bacigalupo Saggese

D^a María Pilar Canedo Arrillaga

D. Bernardo Lorenzo Almendros

D. Xabier Ormaetxea Garai

D^a Pilar Sánchez Núñez

D. Carlos Aguilar Paredes

D. Josep Maria Salas Prat

Secretario del Consejo

D. Miguel Bordiu García-Ovies

En Barcelona, a 29 de marzo de 2022

I. ANTECEDENTES Y OBJETO DEL INFORME

Mediante escrito presentado el día 03 de marzo de 2022 en el Registro General del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital, se plantea 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 el establecimiento por parte del Ayuntamiento de Sопuerta de un criterio de valoración, para la adjudicación de puestos ambulantes en una feria municipal, basado en el número de participaciones de los solicitantes en anteriores ediciones de la misma feria.

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

Es objeto de reclamación el criterio de selección de *txosnas* (un tipo de taberna ambulante) contenido en el apartado 2 (Txosnas) de los criterios de selección recogidos en las Bases Reguladoras para la Adjudicación y Funcionamiento de los Puestos de Venta Ocasionales concedidos para la Feria de Chacinería de Sopuerta del Año 2022 (en adelante, Bases de la Feria 2022). Las Bases de la Feria 2022 fueron aprobadas por el Pleno ordinario del Ayuntamiento de Sopuerta núm.1/22 en fecha 27 de enero de 2022.

Los criterios de valoración aplicados a las Txosnas son los siguientes:

A la hora de adjudicar los puestos se valorará:

1. A las txosnas que presenten productos amparados por marcas de calidad hasta 6 puntos.

- *Denominación de Origen Bizkaiko Txakolina 2 puntos.*
- *Denominación de Origen Euskal Sagardoa 2 puntos.*
- *Eusko Label 2 puntos.*

2. A los productores de Euskal Herria, hasta 10 puntos de la siguiente manera:

- *- Municipios de Enkarteri 10 puntos.*
- *- Resto municipios de Bizkaia 5 puntos.*
- *- Resto de municipios de Euskal Herria 2 puntos.*

3. A las txosnas que hayan participado en anteriores ediciones de la Feria de Chacinería hasta 10 puntos:

- ***A quienes hayan participado en las últimas 5 ediciones de forma ininterrumpida 10 puntos.***
- ***A quienes hayan participado en las últimas 3 ediciones de forma ininterrumpida 5 puntos.***

En caso de igualdad de puntos, la asignación de puestos se realizará por sorteo.

Como puede observarse, del máximo de 36 puntos que pueden recibir los solicitantes, hasta 10 puntos proceden de la participación en anteriores ediciones de la Feria, lo que es objeto de denuncia por parte del reclamante ya que considera que resulta discriminatorio al no valorarse la experiencia que pueda haberse adquirido en otras ferias similares o análogas a la celebrada en Sopuerta.

III. INCLUSIÓN DE LA 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 ahora analizada, esto es, la venta ambulante está incluida en el ámbito de aplicación de la LGUM, tal y como dispone el artículo 2¹, se desprende de los anteriores informes de esta Comisión UM/038/20², UM/042/20³, UM/044/20⁴ y UM/050/20⁵ y ha confirmado la Audiencia Nacional⁶.

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

IV.1.- Consideraciones generales

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 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

¹ *“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.”*

² <https://www.cnmc.es/en/node/383038>.

³ <https://www.cnmc.es/expedientes/um04220>.

⁴ <https://www.cnmc.es/expedientes/um04420>.

⁵ <https://www.cnmc.es/expedientes/um05020>.

⁶ Sentencia de 16 de abril de 2021 (recurso 11/2019) sobre Mercado de Navidad de Oviedo – Uviéu.

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»*”.

A tenor del artículo 9 de la Ley las autoridades competentes deberán garantizar que respetan los principios de la LGUM en todas sus actuaciones y, de acuerdo con el artículo 18.2.a) 2º LGUM, constituye un requisito discriminatorio 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, la exigencia de que:

el operador haya residido u operado durante un determinado periodo de tiempo en dicho territorio.

Este artículo de la LGUM fue declarado constitucional por la Sentencia del TC 121/2018 de 31 de octubre de 2018 (BOE núm.294 de 06.12.2018), en cuyo Fundamento 3º se dice que:

A ello hemos de añadir, en línea con lo que ya declaramos en la precitada STC 79/2017, que en este caso, 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.

IV.2.- Análisis de la reclamación

Por lo que se refiere a la reclamación objeto del presente informe, en este caso concreto se impugna la asignación de hasta 10 puntos a los solicitantes que hayan participado en anteriores ediciones de la Feria de Sopuerta. Dicha puntuación se incluye en el apartado 2 (Txosnas) de los criterios de valoración de las Bases.

Este criterio valorativo exige, por tanto, directa o indirectamente, que los solicitantes hayan participado anteriormente en Sopuerta en pasadas Ferias celebradas en dicha localidad, en contra de la prohibición de discriminación territorial del artículo 18.2.a) 2º LGUM.

Paradójicamente, el criterio de valoración denunciado del apartado 2 (Txosnas) no se incluye en el apartado 1 de las mismas Bases (Puestos de exposición y venta de productos de chacinería, agroalimentarios y artesanía)⁷ y tampoco figura entre los criterios valorativos de selección previstos en el artículo 8.3 de la Ordenanza Municipal Reguladora de la Venta Ambulante de Sopuerta⁸ dictada de conformidad con el artículo 25.2.i) de la Ley 7/1985, de 7 de abril, de Bases de Régimen Local (LBRL)⁹.

Es más, en el quinto punto del artículo 8.3 de la citada Ordenanza municipal de Sopuerta se contempla expresamente como criterio valorativo:

*La **experiencia y profesionalidad** de la persona solicitante que acredite, independientemente del ámbito geográfico en el que haya ejercido la actividad de venta ambulante, la correcta prestación de la actividad comercial.*

Por tanto, la introducción del criterio de la participación en anteriores ediciones de la misma feria podría resultar, además de contrario al artículo 18.2.a) 2º LGUM, a la propia Ordenanza Municipal reguladora de la venta ambulante.

Debe señalarse que el artículo 16 de la Ley vasca 7/1994 de 27 de mayo no prevé las condiciones de la venta ambulante, sino que únicamente señala sus

⁷ En el apartado 1 de las Bases de la Feria 2022 se puntúa: la producción local (8 puntos), la utilización de materias de la propia explotación agrícola (6 puntos), formar parte del listado de referencia de productoras o productores para ferias agrícolas de Bizkaia (5 puntos), la producción artesana (4 puntos) y presentar productos amparados por producción ecológica o marcas de calidad (5 puntos).

⁸ Véase el texto de la Ordenanza en el siguiente enlace, dentro de las denominadas Ordenanzas Generales: <http://www.sopuerta.biz/es-ES/Ayuntamiento/Ordenanzas-Reglamentos/Paginas/default.aspx>.

⁹ Dicho precepto atribuye a los municipios la competencia sobre ferias, abastos, mercados, lonjas y comercio ambulante.

modalidades¹⁰ y prevé que los ayuntamientos puedan regularla en el territorio de su municipio como, por ejemplo, ha realizado el Ayuntamiento de Sopuerta a través de la Ordenanza citada. Dicha regulación concretará los lugares, perímetros exceptuados, frecuencia, horario y productos autorizados y establecerá las características de los tipos de venta ambulante.

Y en el ámbito estatal, el Real Decreto 538/2021, de 13 de julio, derogó el anterior Real Decreto 199/2010, de 26 de febrero, regulador de la venta ambulante o no sedentaria, al considerar que todas las comunidades autónomas ya han asumido en sus estatutos de autonomía competencias exclusivas en materia de venta ambulante y no resulta procedente una regulación por parte del Estado. Y ello, para dar mayor seguridad jurídica y evitar controversias competenciales como la que desembocó en la Sentencia del Tribunal Constitucional 143/2012, de 2 de julio, estimatoria del conflicto positivo de competencias número 5344-2010.

Asimismo, en las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Euskadi de 10 de octubre de 2019 (número recurso 720/2019)¹¹ y 31 de enero de 2020 (número recurso 949/2019)¹² se recuerda la necesidad de que las adjudicaciones de puestos ambulantes se efectúen de acuerdo con los principios de concurrencia competitiva, no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores y salvaguarda de la libre competencia.

En el mismo sentido se pronuncia el apartado 41 del Informe de la Autoridad Vasca de la Competencia AVC nº 240 PROM 2018¹³, en el que se dice claramente que:

¹⁰ El legislador vasco distingue entre: a) Mercados periódicos de carácter tradicional o de nueva implantación, ubicados en lugares o espacios determinados y de periodicidad fija. Estos sólo podrán celebrarse durante un máximo de dos días a la semana; b) Mercados ocasionales instalados con motivo de ferias, fiestas o acontecimientos populares y c) Venta realizada en camiones tienda o puestos instalados en la vía pública, que se autorizarán en circunstancias y condiciones precisas.

¹¹ *“...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.”*

¹² *“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.”*

¹³ II INFORME SOBRE LA ADJUDICACIÓN DE PUESTOS EN LOS MERCADOS Y FERIAS LOCALES
(https://www.competencia.euskadi.eus/contenidos/informacion/informes/es_informes/II%20I)

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.

La Audiencia Nacional, en aplicación del artículo 18.2.a) de la LGUM con relación a la fijación de criterios territoriales en la valoración de puestos ambulantes en ferias, señaló en el Fundamento Sexto de su Sentencia de 16 de abril de 2021 (recurso 11/2019) que:

*En el presente caso, la norma reglamentaria de convocatoria cuyo precepto se ha impugnado - artículo 6- configura un requisito discriminatorio al acceso o ejercicio de una actividad económica pues el art. 18.2.a) 1 de la Ley 20/2013 contempla como 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, aquellos basados directa o indirectamente en el lugar de residencia o establecimiento del operador. **Y en el caso analizado se otorga la máxima puntuación en los criterios de adjudicación de los puestos de venta atendiendo prioritariamente al criterio de territorialidad de los establecimientos** ya ubicados en el municipio convocante de esos puesto de venta al otorgarles una puntuación tan dispar con los siguientes criterios que, en la práctica, hace imposible que puedan acceder a esos puestos de venta establecimientos que no estén ubicados en el municipio de Oviedo ni siquiera atendiendo al criterio de puntuación establecido por la condición de artesano de los titulares de los establecimientos. Y, por tanto, con esos criterios de adjudicación se está discriminando a los operadores que no están establecidos en el municipio de Oviedo en el momento de convocar las adjudicaciones de los puestos de venta en el mercado de navidad, pero que podrían tenerlo si se les reconociera la posibilidad de desarrollar las actividades económicas que se convocan.*

Y con relación a la única valoración de la experiencia profesional o empresarial previa en determinado territorio por parte de la Administración, ello ha sido rechazado por la Audiencia Nacional en sendas sentencias de 10 de mayo de 2019 (recurso 2/2017) y 23 de diciembre de 2019 (recurso 8/2017), como también por esta Comisión en su informe UM/011/22 de 22 de febrero de 2022.

Así, en el Fundamento Séptimo de la Sentencia de 10 de mayo de 2019 (recurso 2/2017) se dice que:

*Por tanto, la convocatoria objeto de reclamación únicamente está considerando la experiencia adquirida por las entidades de **formación** en territorio canario, discriminando a las entidades formativas de otras Comunidades Autónomas sin instalaciones o sin actividad previa o centros de **formación** en el archipiélago canario, puesto que únicamente las entidades inscritas o con actividad previa en*

[nforme%20adjudicaci%C3%B3n%20puestos%20en%20ferias%20agr%C3%ADcolas%20de%20Bilbao.pdf](#)).

dicha Comunidad podrán acreditar la experiencia requerida en la convocatoria y ofrecer los resultados que se exigen para una valoración más beneficiosa de su oferta.

Sin embargo, lo procedente, de acuerdo con el principio de no discriminación de la LGUM, hubiera sido exigir experiencia-formativa, sin distinción del lugar (Comunidad Autónoma) en el que dicha experiencia fue adquirida por la entidad de formación solicitante de la subvención convocada. En otras palabras, podría exigirse a los solicitantes de la subvención la acreditación de determinados niveles de inserción y formación de alumnos, pero no asociados al territorio autonómico concreto y a anteriores convocatorias de ayudas del Servicio Canario de Empleo.

Por tanto, de lo anterior puede concluirse que la exigencia de experiencia previa en Canarias con relación a anteriores convocatorias de ayudas de dicha Comunidad (apartados 1 y 2 del artículo 14.A y apartados 7 y 8 del artículo 14.B) resulta contraria al principio de no discriminación del apartado 18 LGUM y tal cosa obliga a su anulación.

El mismo criterio sigue la Sentencia de la Audiencia Nacional de 23 de diciembre de 2019 (recurso 8/2017):

Es decir, que la convocatoria únicamente considera la experiencia adquirida por las entidades de formación en territorio cántabro, discriminando a las entidades formativas de otras Comunidades Autónomas sin instalaciones, actividad previa o centros de formación en Cantabria y solo las entidades inscritas o con actividad previa en dicha Comunidad podrán acreditar la experiencia requerida en la convocatoria.

En este supuesto concreto, a tenor de la información del expediente, si se compara la puntuación final obtenida por cada solicitante y la puntuación otorgada por su participación en anteriores ediciones (3 o 5), se observa que la mayoría de puntos (entre el 38,46% y el 62,50%¹⁴) procede de este criterio valorativo (esto es, la experiencia adquirida única y exclusivamente en la Feria de Sopuerta).

V. CONCLUSIONES

El establecimiento por parte del Ayuntamiento de Sopuerta de un criterio de valoración para la adjudicación de puestos ambulantes en una feria municipal, basado en el número de participaciones de los solicitantes en anteriores ediciones de la misma feria, podría constituir una restricción discriminatoria por

¹⁴ El 38,46% en el caso de los solicitantes que obtienen 26 puntos y de ellos 10 por haber participado en anteriores ediciones de la Feria. El 62,5% en el supuesto de los solicitantes que alcanzan 16 puntos y de éstos 10 son por sus anteriores participaciones. A medio camino, hallamos el caso del 50% de un solicitante que se le asignan 10 puntos siendo 5 de ellos por tomar parte en anteriores ediciones.

razón territorial contraria a lo establecido en el artículo 18.2.a) 2º LGUM, en relación con las Sentencias de la Audiencia Nacional de 10 de mayo de 2019 (recurso 2/2017), 23 de diciembre de 2019 (recurso 8/2017) y 16 de abril de 2021 (recurso 11/2019).