



OPINIÓN LEGAL NO PRECEPTIVA EN RELACIÓN CON LA CONSULTA DE LA AUTORIDAD VASCA DE LA COMPETENCIA, RESPECTO A LA VIABILIDAD Y LEGITIMACIÓN DE AQUELLA PARA IMPUGNAR LA INACTIVIDAD DEL AYUNTAMIENTO DE PORTUGALETE EN EL EJERCICIO DE LAS COMPETENCIAS QUE OSTENTA PARA ORGANIZAR Y ASIGNAR LOS PUESTOS DE VENTA AMBULANTE DE LA FERIA AGRÍCOLA QUE SON REALIZADOS POR UNA ASOCIACIÓN SIN TÍTULO JURÍDICO HABILITANTE AL RESPECTO.

30/2022 OL - DDLCN

Ref.: CCSS-SOI-59399/21-10

I. ANTECEDENTES

La Autoridad Vasca de la Competencia a raíz de una queja de un operador económico de 2017, ha venido realizando una intensa labor de promoción en relación a los procedimientos que emplean los Ayuntamientos de la Comunidad Autónoma de Euskadi para la gestión y adjudicación de puesto en los mercados y ferias locales. Además de reuniones con diversos agentes (operadores económicos, EUDEL, Ayuntamientos...etc.), han emitido varios informes de promoción, con el objeto de eliminar las barreras de acceso no necesarias, no proporcionales y discriminatorias de las convocatorias que a dicho fin publicaban los Ayuntamientos.

Tras estas actuaciones, el Consejo vasco de la Competencia en reunión celebrada el 31/01/2022, acordó dar por concluidas las actuaciones de promoción referidas a las convocatorias para la adjudicación de puestos en los mercados y ferias locales.

No obstante, en esa misma sesión se deliberó sobre otra cuestión conexas a la celebración de las ferias, en tanto que recientemente, había recibido una nueva queja planteada por el mismo operador económico quien, en esta ocasión, solicita la intervención de la Autoridad Vasca de la Competencia, para que, a través de los cauces que tiene a su disposición, obligue a



corregir la dejación de funciones que realizan algunos ayuntamientos, como el de Portugalete en éste caso concreto, para cuando en lugar de ejercer sus competencias para fijar los emplazamientos de las ferias y la asignación de los emplazamientos concretos de cada vendedor, lo dejen en manos de terceros.

La Autoridad Vasca de la Competencia deliberó sobre las actuaciones que como garante de la libre competencia pueden realizar al amparo de las competencias que tienen encomendadas, entre las cuales se encuentra la vía de la impugnación de los actos administrativos y disposiciones de rango inferior a la Ley. Dado que en el supuesto planteado consideran que la impugnación resultaría compleja, a la vista de que no se sustanciaría sobre un acto administrativo expreso del Ayuntamiento, sino sobre su inactividad, en la sesión de la fecha precitada se acordó requerir un informe jurídico sobre la viabilidad y legitimidad de la Autoridad Vasca de la Competencia para acudir a dicha vía, para que el Ayuntamiento de Portugalete cumpliera con su obligación de organizar y asignar los puestos conforme a la normativa vigente, teniendo en cuenta además que la feria es organizada por una asociación sin título jurídico habilitante al respecto.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Los argumentos jurídicos de las partes, de forma sucinta, vienen a indicar lo siguiente:

OPERADOR ECONÓMICO:

El operador se pone en contacto telefónico con el Ayuntamiento de Portugalete para informarse de las bases o convocatoria de la feria agrícola del día 10/10/2021. Según indica, le informan de que no existen ni bases ni convocatorias y

que se ponga en contacto con la Cofradía de Navegantes y Mareantes, como organizador del evento. Refiere que desde la Cofradía le indican que no va a poder participar en la misma y que la Cofradía determina quién ocupa los puestos una vez aquel le informa que deben de cumplir con criterios de transparencia, concurrencia competitiva y publicidad.

Puesto en contacto con el Ayuntamiento, le indican que informe por escrito tanto a la Secretaría como al Departamento de Comercio del Ayuntamiento. Siguiendo esta directriz, por escrito informa que existen varias recomendaciones del Ararteko, así como el informe 240/2017

de la Autoridad Vasca de la Competencia, que señalan que la autorización de la venta ambulante corresponde al Ayuntamiento, y que, al haberle negado la posibilidad de concurrir, solicita que se actúe con las herramientas pertinentes para garantizar a los operadores las condiciones de libre competencia y transparencia en el mercado.

AYUNTAMIENTO DE PORTUGALETE:

Mediante escrito firmado por el Alcalde de la localidad, se adjunta, por un lado, la Ordenanza Municipal Reguladora de la Venta Ambulante, y por otro se informa que la feria en cuestión se realizó por la Cofradía de Mareantes y Navegantes de San Nicolás y San Telmo, sin que haya convenio ni relación contractual entre el Ayuntamiento y el organizador, dado que no se trata de un mercado propio.

De la ordenanza municipal, cuyo texto completo consta en el expediente, sólo se extraen aquellos artículos que sustentan la presente opinión legal del Servicio Jurídico Central del Gobierno Vasco.

Artículo 3.1.b) en cuanto a los tipos de venta ambulante, se señala que constituyen una modalidad de venta, la venta en mercados ocasionales, siendo agrupaciones de puestos de venta que se instalan en espacios públicos no predeterminados con motivo de ferias, fiestas o eventos urbanos de toda naturaleza.

Artículo 5. Mercados ocasionales. Son aquellos que se celebran de manera no periódica en razón de fiestas o acontecimientos populares y otros de interés social (deportivos, culturales o lúdicos). En la resolución que lo autorice, se resolverá, entre otros, sobre su localización, las fechas de celebración, los productos de venta autorizados, y número de puestos, todo ello de acuerdo a las bases reguladoras aprobadas.

Artículo 7. Queda prohibida en los espacios públicos del término municipal, la venta ambulante fuera de los supuestos previstos en la presente Ordenanza

Artículo 8. Competencias municipales.

Primera. Las autorizaciones del uso de espacios públicos serán concedidas por la Alcaldía Presidencia y facultan a su titular a realizar la actividad, instalar u ocupar el espacio público, en las condiciones concretas con las que se otorgan.

Punto segundo. Es potestad de la Alcaldía-Presidencia autorizar la implantación de nuevos mercadillos periódicos, ocasionales, los puestos de temporada y aprobar sus bases reguladoras. Igualmente podrá suprimir los mercadillos, trasladarlos de emplazamiento, aumentas o reducir su número, variar la superficie de ocupación de los puestos, modificar los objetos o artículos que puedan ser objeto de venta en los mismo, imponer los modelos de instalaciones que se juzguen oportunos y resolver cuantas cuestiones se planteen en el ámbito de cada mercadillo.

Artículo 12. Procedimiento de selección.

Primera. Como regla general, si hay menos solicitudes que puestos ofertados las autorizaciones se otorgarán de forma directa por el órgano municipal competente, a solicitud de la persona o entidad interesada, previa ponderación de la concurrencia de los intereses públicos y privados y su correspondiente armonización. Cuando el número de puestos esté limitado serán otorgados en régimen de concurrencia competitiva. Podrán tenerse en cuenta consideraciones en materia de salud pública, objetivos de política social, del medio ambiente, de conservación del patrimonio cultural y cualquier otra razón imperiosa de interés general siempre que estos criterios estén contemplados en las bases reguladoras de la convocatoria. Se utilizará el sorteo como mecanismo de desempate de las solicitudes una vez valorados los diferentes factores y para la adjudicación del número de puesto si fuera necesario.

(...)

Cuarto punto. El silencio administrativo tendrá efecto desestimatorio.

Artículo 14. Autorizaciones municipales. El punto primero refiere que la autorización municipal contendrá de forma expresa, la identificación de la persona titular, el número de puesto y el concreto lugar, los productos de venta autorizados, las fechas y horarios del ejercicio de la actividad, el período de validez de la autorización, la superficie a ocupar y las características de la instalación en su caso. El punto tercero refiere que en ningún caso podrá concederse a un mismo titular de autorización dentro del mismo período, más de una autorización, para el ejercicio de la venta ambulante.

Artículo 15. Duración de las autorizaciones. Las autorizaciones para el ejercicio de la venta ambulante en los mercados ocasionales tendrán la duración correspondiente a los concretos eventos y festividades en el marco de los cuales tendrán lugar.

Artículo 19. Son obligaciones de las personas autorizadas las siguientes:

c) los productos alimenticios deberán cumplir con todos los requisitos establecidos en las disposiciones legales y reglamentarias que resulten de aplicación. Los alimentos cumplirán las especificaciones determinadas en la legislación alimentaria para cada producto, así como las condiciones higiénico-sanitarias y de otra índole que se establezcan en las reglamentaciones específicas de los productos comercializados.

Artículo 20. El Ayuntamiento de Portugalete, a través del personal de sus diferentes Servicios, así como de la Policía Municipal, vigilará y garantizará el debido cumplimiento de las obligaciones establecidas en la presente Ordenanza y de la Normativa vigente en cada momento en materia de Venta Ambulante.

Artículo 28. Procedimiento sancionador. Competencia. En virtud de la dispuesto en la Ley 7/1985 de 2 de abril reguladora de las Bases del Régimen Local corresponde al Ayuntamiento la competencia sancionadora de las infracciones dispuestas en esta ordenanza.

COFRADÍA DE NAVEGANTES Y MAREANTES DE SAN NICOLÁS Y SAN TELMO:

Al requerimiento de la Autoridad Vasca de la Competencia, de copia del expediente municipal de autorización de la feria agrícola y la relación de subvenciones otorgadas en los últimos 4 años por el Ayuntamiento, la Cofradía adjunta e informa de:

Correo electrónico de 08/10/2021 del Departamento de Obras autorizando a la BBK la instalación de 27 casetas el domingo 10 de octubre en el paseo de La Canilla para la realización de la feria agrícola. Informan asimismo que la feria no se organiza por el Ayuntamiento, que solo se autoriza la ocupación del espacio público, y que no hay subvención alguna del Ayuntamiento en el período referenciado.

Segundo correo del 08/10/2021. Se refiere que la feria se organizaba hasta el 2011 por la BBK. Que el año 2012 asume la Cofradía su organización dado que en sus estatutos se señala que están para difundir y proteger el patrimonio histórico cultural de Portugalete. Que aquel año la BBK les facilitó el listado de expositores y que hubo 40 productores, y así sucesivamente hasta la llegada de la pandemia, la cual mermó el número de puestos que la BBK, en colaboración con nosotros, cedía para la feria hasta llegar a ser este 2021 de tan sólo 26 stands. Refiere que los productos vendidos en dicha feria son hortalizas (6), pastel vasco (7),

quesos Idiazabal (6), miel (2), plantas (1), licores (1), conservas (3), ropa arrantzale (2). Informa que el puesto de chacinería del solicitante queda excluido del puesto debido a que la normativa sanitaria municipal, exige para dicho puesto la instalación de agua y desagüe, para el lavado de la herramienta usada para el corte y es imposible con nuestros medios facilitar dicho equipamiento, por lo cual no se aceptan en la feria a este tipo de operadores económicos, y la feria no está dirigida a ellos. Que el 2021 pasaron de 40 a tan solo 26, que hubo que ponerse en contacto con los 40, explicándoles la situación, y que había que reorganizarse, que otros años hubo algunos que solicitaban varios stands, y que tras hablar con todos se adoptó y ubicó en 26 stands a los 40 del año anterior. La condición establecida para poder participar, sería estar de alta en los distintos organismos competentes para poder llevar a cabo su labor, así como el registro sanitario. A la hora de seleccionar se valora prioritariamente que hubieran participado el año anterior, o años anteriores, que llevan siendo los mismos los últimos 5 años, y se valora que sean de Portugalete, o que desarrollan su actividad en nuestro municipio. Que si el que presenta la queja hubiera tenido otra actividad, se hubiera hecho lo posible para asegurar su participación, porque nos interesa que participen el mayor número de productores.

AUTORIDAD VASCA DE LA COMPETENCIA:

La Ordenanza de Venta Ambulante de Portugalete requiere que el solicitante presente una declaración responsable. El comerciante no lo presenta. El Ayuntamiento no le requiere su presentación.

La Ley 15/2007 de 3 de julio, en defensa de la Competencia, atribuye a las Autoridades de Competencia Autonómicas, la capacidad de impugnar ante la jurisdicción competente aquellos actos de las administraciones públicas sujeto a derecho administrativo, y disposiciones generales de rango inferior a la ley de los que se deriven obstáculos al mantenimiento de una competencia efectiva en los mercados (art. 13.2)

La Ley 1/2012 de 2 de febrero, de la Autoridad Vasca de la Competencia, en su artículo 3.4. atribuye a ésta la competencia para impugnar ante la jurisdicción competente los actos sujetos al derecho administrativo y las disposiciones generales de rango inferior a la ley, de las Administración Pública autonómica, foral y local de la Comunidad Autónoma de Euskadi, cuando de ellos se deriven obstáculos al mantenimiento de la una competencia efectiva en los mercados.

El artículo 19.1.d) de la Ley 29/1998 reguladora de la jurisdicción contencioso administrativa establece que están legitimados en el orden contencioso administrativo las administraciones de las Comunidades Autónomas, para impugnar los actos y disposiciones que afecten al ámbito de su autonomía, emanados de la Administración del Estado, y de cualquier otra Administración u Organismo Público, así como las de Entidades Locales, de conformidad con lo dispuesto en la legislación de régimen local.

De acuerdo al artículo 10.27 de la Ley Orgánica 3/1979 del Estatuto de Autonomía, la Comunidad Autónoma tiene competencia exclusiva en el comercio interior, sin perjuicio de la política general de precios, la libre circulación de bienes en el territorio del Estado y de la legislación sobre defensa de la competencia, Ferias y mercados interiores. Denominación de origen y publicidad en colaboración con el Estado.

Artículo 25.2.i de la Ley Reguladora de Bases del Régimen Local que refiere que la fijación del emplazamiento de cada vendedor ambulante es competencia municipal. El art. 84 bis señala que podrá exigirse una licencia u otro medio de control preventivo respecto a aquellas actividades económicas cuando por la utilización del dominio público el número de operadores económicos del mercado sea limitado.

Artículos 8 y 12 de la Ordenanza Municipal de Venta Ambulante de Portugalete. Previamente reseñados.

Informe de la Autoridad Vasca de la Competencia de 22/05/2018 sobre la adjudicación de puestos en los mercados y ferias locales (informe no aportado).

Informe de la Autoridad Vasca de la Competencia de 24/07/2019 sobre la adjudicación de puestos en los mercados y ferias locales (informe no aportado).

Informe de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia relativo a la feria municipal del Ayuntamiento de Atxondo (UM/038/20) donde aprecia el carácter restrictivo de éste tipo de conductas (informe no aportado)

Informe de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia relativo a la feria municipal del Ayuntamiento de Lekeitio (UM/044/20) donde aprecia el carácter restrictivo de éste tipo de conductas (informe no aportado).

Informe de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia relativo a la feria agrícola del Ayuntamiento de Portugalete (UM/088/21) concluye que para el caso de que se hubiese producido la exclusión del reclamante de la Feria Agrícola de Portugalete, aquella constituiría una restricción de acceso y ejercicio de la actividad económica en el sentido del artículo 5 de la LGUM que no habría sido justificado de acuerdo a los principios de necesidad y proporcionalidad de dicha Ley (informe no aportado). En atención a dicha conclusión, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia no ha interpuesto recurso contencioso-administrativo contra la desestimación por silencio negativo de solicitud de autorización de ocupación de dominio público en la Feria Agrícola de Portugalete (informe no aportado).

III.- CONCLUSIONES

LEGITIMACIÓN:

En el ámbito de sus competencias, la Autoridad Vasca de la Competencia está legitimado para impugnar los actos administrativos expresos y tácitos. Cabe impugnar la inactividad administrativa (art. 25 de la Ley 29/1998 de 13 de julio de la Jurisdicción Contencioso Administrativa) cuando estando obligada por una disposición legal, acto, contrato o cualquier otro medio admitido en derecho, a una determinada prestación de dar o hacer, haga caso omiso de la misma.

VIABILIDAD:

La sucinta referencia que se hace a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, y su decisión de no acudir a la vía contenciosa en el presente caso, y la no aportación del informe elaborado por aquel, impide a los Servicios Jurídicos Centrales del Gobierno Vasco valorar la decisión adoptada por dicho órgano, así como su aplicabilidad a la Autoridad Vasca de la Competencia.

Se desconoce si el operador económico solicitó formalmente su participación en la feria por los cauces habituales. En todo caso, no consta que hubiera presentado la oportuna declaración responsable. Se refiere también que su actividad de chacinería requeriría por normativa sanitaria la instalación de agua y desagüe que no hubiera podido proporcionarse en

ésta feria, dado que no estaba dirigido a ese sector. No se aporta esta normativa sectorial, pero si así fuera el operador económico no hubiera podido participar en la feria.

Con relación al Ayuntamiento, y con base en su ordenanza, estaríamos ante un mercado ocasional que debiera contar con la autorización de la Alcaldía Presidencia. En cambio, cuenta con la autorización del departamento de obras. Éste departamento autoriza además a la BBK, cuando hace 9 años que viene siendo organizado por una Cofradía local, que en su proceso de selección no parecer tener en consideración el artículo 12 de la ordenanza relativa al procedimiento de selección. No se aportan los estatutos de la Cofradía, ni los posibles acuerdos, convenios, contratos...etc. que pudiera haber entre ambas para valorar la legalidad de la cesión competencial, así como el cumplimiento de la Ordenanza con relación a la feria en cuestión.

Respecto a la viabilidad, y con la información disponible, el Servicio Jurídico Central del Gobierno Vasco considera que los actores tendrían un recorrido judicial incierto en la jurisdicción contencioso-administrativa.

Este es el informe que emito y que someto a cualquier otro mejor fundado en Derecho,

Vitoria-Gasteiz, a fecha de firma electrónica