



**Resolución 2017R-2284-16 del Ararteko, de 16 de agosto de 2017, por la que se recomienda al Ayuntamiento de Zumarraga que adecue a la legalidad la regulación de la autorización de ocupación del espacio público en la feria de Santa Lucia.**

### Antecedentes

1. D. (...) presentó una queja en esta institución por la disconformidad con la decisión del Ayuntamiento de Zumarraga de no permitirle la participación en la feria de Santa Lucía.

Esta persona expone que recibió una comunicación del Ayuntamiento el 22 de noviembre de 2016, en la que se le indicaba que por problemas de espacio no se le había podido conceder autorización para instalar el puesto solicitado en la feria a celebrar el 13 de diciembre de 2016.

El interesado manifiesta su disconformidad con esta comunicación, al considerar que los criterios de selección para la adjudicación de los puestos no son conformes a la Ley, en especial, en lo relativo a primar la presencia de productores locales, comarcales, etc., y la valoración de la antigüedad en la asistencia a la feria. Además, estima que la adjudicación de los puestos resulta poco transparente, al desconocer de manera precisa la valoración de cada una de las solicitudes a los efectos de la adjudicación de los puestos disponibles.

Con relación a todo ello, el interesado interpuso un recurso de reposición el 28 de noviembre de 2016, que fue desestimado por Decreto de Alcaldía, de 9 de diciembre de 2016

2. Tras valorar las cuestiones descritas en la queja, el Ararteko solicitó información al Ayuntamiento de Zumarraga, dándole traslado de unas primeras consideraciones del marco legal de aplicación aplicado al contenido de las bases reguladoras de la convocatoria que aportó el interesado. Así, esta institución trasladó al Ayuntamiento para su contraste el siguiente análisis:

*“La normativa general que rige la feria se aparta de la legalidad contenida, entre otras, en la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicio y su ejercicio, y el Real Decreto 199/2010, de 26 de febrero, por el que se regula el ejercicio de la venta ambulante o no sedentaria.*

*La Administración municipal tiene un amplio margen de discrecionalidad a la hora de determinar esos criterios, siempre que respete los límites a los que está sujeto su ejercicio. En este sentido, resulta de aplicación el Real Decreto 199/2010, de 26 de febrero, por el que se regula el ejercicio de la venta ambulante o no sedentaria.*





*El artículo 4 determina que el procedimiento para el otorgamiento de las autorizaciones deberá respetar la concurrencia competitiva y 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.*

*A estos efectos, los criterios de selección deben resultar conformes con los límites previstos en el capítulo II de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicio y su ejercicio. En especial, el Ayuntamiento deberá tomar en consideración los requisitos que están prohibidos a la hora de fijar los criterios para la selección y adjudicación del espacio público. ...”*

3. El Ayuntamiento de Zumarraga respondió a la solicitud de información de esta institución aportando la normativa general aprobada por la Junta de Gobierno Local que contiene los criterios de selección para la adjudicación de los puestos de la feria y que la respuesta concreta en los siguientes criterios básicos:

- La tramitación se realiza conforme a criterios claros, sencillos y objetivos.
- El otorgamiento de la autorización se efectúa respetando, en todo caso, el régimen de concurrencia competitiva. El procedimiento es abierto y con unos criterios establecidos y hechos públicos con anterioridad.
- La autorización que se otorga cada año no da lugar a un procedimiento de renovación automática. Todos los años se debe presentar solicitud dentro del plazo abierto.
- Los solicitantes conocen con carácter previo la normativa reguladora para acceder a la autorización.

Igualmente, el Ayuntamiento facilita el Decreto 2016/00541, de 9 de diciembre de 2016, por el que se desestima el recurso de reposición presentado por el interesado con fecha 28 de noviembre de 2016, contra la denegación de la autorización para la instalación de un puesto de talos en la feria de Santa Lucía 2016, con fundamento en el informe jurídico emitido por la secretaria municipal.

### Consideraciones

1. La normativa general aprobada por la Junta de Gobierno del Ayuntamiento de Zumarraga para la selección de los adjudicatarios de los puestos de venta que se instalan en la feria de Santa Lucía 2016, determina los siguientes criterios de selección:



- *Procedencia de los productores-vendedores: primando la presencia de productores a nivel local, comarcal, Territorio Histórico...*
- *Tipología de productos autorizados para la venta: primando la presencia de representantes de diversos productos del país.*
- *Tipo de elaboración de los productos a la venta: primando la presencia de aquellos productos considerados como artesanos frente a productos comerciales.*
- *Antigüedad en la asistencia a la feria: primando aquellos productores que han asistido a la feria en anteriores ocasiones.*
- *La organización, en función de dichos criterios, realizará una selección de las solicitudes y notificará con antelación a aquellos que vayan a tomar parte en la feria.*

Tal como ya se ha indicado en los antecedentes de esta resolución, la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicio y su ejercicio, y el Real Decreto 199/2010, de 26 de febrero, regulan el ejercicio de la venta ambulante o no sedentaria. Así, cabe destacar las prohibiciones que determina el artículo 10 de la Ley y, en concreto, a los efectos de esta resolución, las siguientes:

*“En ningún caso se supeditará el acceso a una actividad de servicios en España o su ejercicio al cumplimiento de lo siguiente:*

*a) Requisitos discriminatorios basados directa o indirectamente en la nacionalidad, incluido que el establecimiento se encuentre o no en el territorio de la autoridad competente, o el domicilio social; y en particular: requisito de nacionalidad o de residencia para el prestador, su personal, los partícipes en el capital social o los miembros de los órganos de gestión y supervisión.*

*.../...*

*e) Requisitos de naturaleza económica que supediten la concesión de la autorización a la prueba de la existencia de una necesidad económica o de una demanda en el mercado, a que se evalúen los efectos económicos, posibles o reales, de la actividad o a que se haga una apreciación de si la actividad se ajusta a los objetivos de programación económica fijados por la autoridad competente o a que se comercialicen productos o servicios de un tipo o procedencia determinada. Las razones imperiosas de interés general que se invoquen no podrán encubrir requisitos de planificación económica.*

*.../...*

*h) Obligación de haber estado inscrito con carácter previo durante un período determinado en los registros de prestadores existentes en el territorio español o de haber ejercido previamente la actividad durante un período determinado en dicho territorio.”*

En suma, a juicio de esta institución, los criterios de selección aprobados por el Ayuntamiento de Zumarraga que priorizan aspectos tales como la antigüedad y la procedencia de los productos o del productor, corresponden a supuestos prohibidos y discriminatorios según ha quedado recogido en el artículo de la Ley que se cita.

2. En segundo lugar, el Ayuntamiento en su respuesta indica que el procedimiento es abierto y con unos criterios establecidos y hechos públicos con anterioridad.

Según las bases de la convocatoria, no consta que los criterios de selección contengan ponderación ni valoración alguna, desconociéndose el valor y el peso de cada criterio a la hora de conformar la lista de seleccionados en aquellos casos en que hay más solicitudes que espacios a adjudicar. Así, los posibles interesados no conocen la ponderación de cada criterio con carácter previo a la toma de decisiones de tal forma que tampoco tienen herramientas para oponerse a esos parámetros no precisados.

Por otra parte, el informe de la secretaria municipal indica que para la instalación de los puestos de talos se presentaron once solicitudes y que, en función de los criterios aprobados, la Comisión de Cultura admitió ocho de ellas y no admitió las otras tres, según la relación de productores y procedencia que se indica en la respuesta facilitada a esta institución (en realidad debiera indicar seleccionó porque la admisión se produce en la fase de comprobación del cumplimiento de requisitos exigidos, mientras que la selección se lleva a cabo en la fase de valoración de entre todos los que cumplen los requisitos). Esta relación no contiene detalle alguno sobre la valoración realizada en cada uno de los apartados y la puntuación obtenida por cada uno de los solicitantes a los efectos de conformar la lista de seleccionados. En suma, se conoce la decisión final pero no por qué se ha seleccionado a unos solicitantes frente a otros y que méritos han sido tomados en consideración para conformar la lista final.

El Ayuntamiento tiene un amplio margen de actuación en el ejercicio de sus potestades discrecionales, siempre con el debido respeto al marco legal. Ahora bien, la decisión discrecional exige, como inseparable de ella, la motivación, que es la que garantiza que se ha actuado racionalmente, y no arbitrariamente, y la que permite un adecuado control de los actos discrecionales, exigiéndose así una motivación "suficiente" que, al menos, exprese apoyo en razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios esenciales fundamentales de la decisión.

A estos efectos, en aplicación de la doctrina constitucional, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en sentencia de 4 de junio de 2003, ha delimitado de manera precisa los términos del ejercicio de la potestad discrecional. Así, determina que:



*“La sujeción al principio de legalidad y al control jurisdiccional de la potestad administrativa exige la determinación previa de la normativa a la que se sujetará la administración en su actuación. La administración debe **predeterminar** la finalidad que pretende su acción, y las condiciones no solo formales sino también materiales que exige. Asimismo, debe establecer **criterios valorativos** como puede ser... Pueden ser estos u otros criterios, pero **es necesario que con carácter previo se determinen y no se deje al libre albedrío de la administración su fijación en el momento de valorar cada petición**. La determinación de los criterios de valoración son también la garantía de que se cumplirá el principio de igualdad y que todas las solicitudes presentadas serán valoradas bajo los mismos parámetros.*

*Los criterios de valoración, establecidos previamente con carácter general, deben ser instrumentos susceptibles de conformar jurídicamente el criterio de la administración, y a su vez, estos deben ser de tal entidad que permitan al juez de lo contencioso-administrativo poder revisar la decisión administrativa.”*

En suma, a juicio de esta institución, ni los criterios seleccionados ni la decisión adoptada tiene una motivación suficiente que permita a los solicitantes contrastar los parámetros acordados, de tal forma que tampoco desde este punto de vista, el procedimiento seguido es conforme a derecho.

3. El Decreto de Alcaldía 2016/00541, de 9 de diciembre de 2016, desestimó el recurso de reposición presentado por el interesado el 28 de noviembre de 2016, a la vista del informe emitido por la secretaria municipal, que sirve de motivación a la resolución emitida.

El informe jurídico concluye que las autorizaciones concedidas han estado sujetas a la concurrencia competitiva y a la debida publicidad previa, cuestiones que tal como se ha indicado en las consideraciones anteriores no se ajustaban a la legalidad. En todo caso, el informe también concluía que: *“Sin embargo, habida cuenta de que entre los diversos criterios de valoración se recoge la Procedencia de los productores-vendedores y la antigüedad en la asistencia a la feria, se hace difícil la entrada de nuevos peticionarios. A este respecto de cara al próximo año se entiende la conveniencia de analizar y estudiar en profundidad dichos criterios, al objeto de garantizar la igualdad de trato entre todos los participantes”.*

Por tanto, el informe jurídico emitido reconoce implícitamente que los criterios de selección no garantizan la igualdad entre todos los participantes, que es el reproche que realizó la persona que presentó la queja ante el Ararteko y que en puridad jurídica hubiera exigido la estimación del recurso de reposición interpuesto por el interesado, con la consiguiente retroacción del expediente a la determinación de unos nuevos criterios que fueran conformes con la normativa vigente que se ha citado en los antecedentes.



Sin perjuicio de la anterior aseveración, el Ararteko es consciente de que, dadas las fechas de la celebración del evento (quince días aproximadamente desde la presentación por el interesado del recurso de reposición y cuatro días después de la resolución desestimatoria), hubiera resultado materialmente complicado realizar un nuevo procedimiento con tal premura de tiempo. En efecto, el Ayuntamiento hubiera tenido que definir unos nuevos criterios de selección, trámite que hubiera exigido, inexcusablemente, comunicar a todos los posibles interesados y realizar una nueva selección y todo ello también hubiera afectado a los derechos de terceros que ya disponían de la autorización y que se supone que en esas fechas ya habían realizado el acopio de material perecedero, instalaciones y personal necesario para la participación en la feria del 13 de diciembre de 2016.

4. Ahora bien, para la feria de Santa Lucia 2017 el Ayuntamiento de Zumarraga debe garantizar de manera efectiva el derecho del reclamante y de todos los posibles interesados en participar en la citada feria en condiciones de igualdad, aprobando una nueva regulación bien en régimen de concurrencia competitiva o mediante sorteo.

En aras a una mayor sencillez, una vez comprobado que los solicitantes cumplen los requisitos mínimos que se han determinado previamente para participar, siempre puede optar el Ayuntamiento por seleccionar a los adjudicatarios mediante sorteo, cuando resulten más solicitantes que espacio público a distribuir. Así lo prevé el artículo 92.1 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas:

*“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.”*

La adjudicación del espacio público mediante sorteo no tiene por qué representar merma alguna en el normal desenvolvimiento de la actividad de la feria y los objetivos que se marque el Ayuntamiento para su celebración, pudiendo garantizar la calidad y condiciones de los productores y los productos que participen, a través del cumplimiento de los requisitos que con carácter previo determine.

Por todo ello, en conformidad con lo preceptuado en el artículo 11 b) de la Ley 3/1985, de 27 de febrero, por la que se crea y regula esta institución, se formula la siguiente





## RECOMENDACIÓN

1. Que, previos los trámites oportunos, apruebe para la convocatoria de la feria de Santa Lucia 2017, unos nuevos criterios adecuados a la legalidad vigente, que determine tanto los requisitos que deben cumplir las personas interesadas en participar en las ferias extraordinarias como los criterios de selección de los adjudicatarios.
2. Que, para el caso de que no disponga para la convocatoria de 2017 de una regulación contrastada y ajustada a la legalidad de los criterios de selección para la adjudicación del espacio público en régimen de concurrencia competitiva, seleccione a los adjudicatarios del espacio público mediante sorteo.

