

RESOLUCIÓN (Expte. R-3/2006) Venta Ambulante

Pleno

Excmos. Sres.:

D. José Antonio Varela González, Presidente
D. Fernando Varela Carid, Vogal
D. Alfonso Vez Pazos, Vogal

En Santiago de Compostela, a 14 de septiembre de 2006

El Pleno del Tribunal Gallego de Defensa de la Competencia (TGDC), con la composición indicada más arriba e siendo ponente D. José Antonio Varela González, presidente, dictó la siguiente Resolución en el expediente R-3/2006, 6/2006 del Servicio Gallego de Defensa de la Competencia (SGDC), originado por el recurso interpuesto el 6 de julio de 2006 por don J. F. R. A. contra el Acuerdo del SGDC, del 28 de junio de 2006, de no iniciar el procedimiento derivado de la denuncia formulada por el recurrente contra alcaldes de ayuntamientos gallegos y, al mismo tiempo, contra otros comerciantes ambulantes no identificados, por presuntas prácticas incursas en la Ley 16/1989, de defensa de la competencia, consistentes en actos de competencia desleal.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Con fecha 16 de junio de 2006, el SGDC recibió un escrito de don J. F. R. A., en el que denunciaba a “todos los comerciantes ambulantes de Galicia que incumpliendo la Normativa actual (Decreto 194/2001 Art. 10.c) están instalando los puestos ambulantes sin exponer públicamente la tarjeta de Registro de Comerciantes Ambulantes de la Xunta de Galicia... y en esta situación los comerciantes ambulantes autónomos nos vemos privados de la más mínima posibilidad de competir en igualdad”. Dado lo dicho, el denunciante solicitaba “Que con la máxima urgencia posible se estudie y confirme esta situación ahora denunciada sancionando debidamente a los Alcaldes de los Ayuntamientos donde se está consintiendo que los puestos ambulantes se instalen incumpliendo el Decreto anteriormente mencionado”.

Del escrito del denunciante resulta, pues, que éste solicita que sean sancionados los alcaldes de ayuntamientos que permiten la instalación de puestos de venta sin exhibir la “tarjeta de la Xunta”, la tarjeta expedida por el Registro de Comerciantes ambulantes de Galicia, por dejamiento de sus funciones. Estos alcaldes no eran identificados en el escrito. Al mismo tiempo denuncia a los comerciantes ambulantes que incumplen la normativa existente (artículo 10.c) del Decreto 194/2001, del 26 de julio, de ordenación de la venta ambulante) por presuntas prácticas de competencia desleal en el sector de la venta ambulante. El

denunciante remite a una página web en la que, indica, existe más información sobre la conducta denunciada, incluido un vídeo emitido por un canal de televisión nacional.

2. Con fecha 28 de junio de 2006, el SGDC acordó no iniciar el procedimiento derivado de la presunta realización de las conductas previstas en el artículo 7 de la Ley 16/1989, de 17 de junio, de defensa de la competencia, por los hechos denunciados al considerar que la conducta denunciada, la no exhibición de la tarjeta expedida por el Registro de Comerciantes ambulantes de Galicia, “constituye claramente una infracción administrativa que debe ser perseguida por las autoridades competentes”.

Para el SGDC, de los hechos denunciados y de la información contenida en la página web a la que se remitía la denuncia pueden apreciarse indicios de infracciones administrativas y, mismo, de conductas delictivas, “pero no de competencia desleal, en el sentido del artículo 7 de la Ley de Defensa de la Competencia”, ya que “los actos de competencia desleal, para ser considerados así, deben ser imputables a empresarios o a cualquier otras personas físicas o jurídicas que participen en el mercado, entendido este como mercado de bienes o servicios”. En el caso examinado, el SGDC consideraba que “aún que los ayuntamientos hagan dejación de sus funciones respecto de la exigencia de exhibir la citada tarjeta, no estarían actuando como competidores, sino como administración pública, e no puede predicarse de ellos que estén realizando actos de competencia desleal, puesto que no compiten con el denunciante”.

Así mismo, añade el SGDC en su acuerdo, “los comportamientos que define la Ley 3/1991, de 10 de enero, de competencia desleal, deben realizarse en el mercado y con fines concurrenciales, es decir, debe tratarse de actos objetivamente idóneos para promover o asegurar la difusión en el mercados de las prestaciones propias o de un tercero”, considerando que no se da en el caso examinado.

El razonamiento anterior lleva al SGDC a concluir que, puesto que los hechos no pueden calificarse como “actos de competencia desleal, no cabe analizar si se dan los requisitos que exige el artículo 7 de la Ley de defensa de la competencia”. Por esto acuerda “no iniciar el procedimiento”.

3. Con fecha 6 de julio de 2006, don J. F. R. A. presento escrito en el SGDC en el que interpuso recurso contra el acuerdo del SGDC de no iniciar el procedimiento. Señala que no se le contesta al motivo principal de su denuncia, que es la conducta “que provocan cuatro sinvergüenzas que llegan a los mercadillos a las diez de la mañana y se ponen a vender unas mercancías que no soportan ningún tipo de impuestos, porque su situación de ilegalidad no se lo permite”. Es decir, según la alegación del recurrente, las conductas denunciadas como competencia desleal no son solamente los actos de dejación de los responsables

municipales, asunto que evalúa el SGDC, sino también los de otros comerciantes ambulantes no identificados.

4. Con fecha 24 de julio de 2006, el TGDC solicitó al SGDC la remisión del expediente de referencia, con su correspondiente informe, en el que entre otros extremos, se hiciera mención a la representación del recurrente y a la interposición en plazo del citado recurso.
5. Con fecha 27 de julio, el SGDC remitió el expediente y emitió el correspondiente informe, en el que se señala que el recurso fue interpuesto en plazo y se ratifica en los términos del acuerdo de no iniciar el expediente.
6. Con fecha 31 de julio de 2006, el Pleno del TGDC admitió a trámite el recurso interpuesto por don J. F. R. A., designando como ponente del mismo a D. José Antonio Varela González, presidente del TGDC, de acuerdo con el correspondiente turno en vigor. Así mismo, y con esta misma fecha, el Pleno acordó adoptar la correspondiente providencia para la puesta de manifiesto del expediente a las partes interesadas.
7. Fueron considerados interesados:
 - D. J. F. R. A.
8. Con fecha 14 de agosto de 2006, don J. F. R. A. presentó alegaciones en las que manifiesta acreditar su interés en el asunto objeto de la denuncia, en la medida en que realiza la actividad de venta ambulante desde hace 17 años, así como que no puede identificar a los presuntos infractores precisamente por el hecho de que no exponen públicamente las tarjetas de identificación preceptivas. Así mismo informa al TGDC que puso los hechos en conocimiento de la Fiscalía de la Audiencia Provincial de Pontevedra, que abrió diligencias previas penales contra los ayuntamientos de Marín y Baiona, quedando pendientes el de Pontearreas y dos directores generales de comercio de la Xunta de Galicia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El artículo 47.1 de la Ley 16/1989, del 17 de julio, de defensa de la competencia, señala que los actos del Servicio de Defensa de la Competencia, en este caso del SGDC, que decidan directa o indirectamente en el fondo del asunto, determinen la imposibilidad de continuar un procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a los derechos o intereses legítimos, serán recurribles ante el Tribunal de Defensa de la Competencia, en este caso el TGDC, en el plazo de diez días.

SEGUNDO.- Los recursos contra los Acuerdos del SGDC de no proceder al inicio del procedimiento tiene que resolverlos el TGDC, limitándose

a decidir si resulta acertada la decisión de dicho organismo de no iniciar el expediente porque los datos de que dispone son suficientes para afirmar que no existen conductas que vulneren de algún modo las prohibiciones incluidas en la Ley de Defensa de la Competencia.

TERCERO.-En el presente caso, el SGDC centró su análisis en la conducta de los ayuntamientos –no identificados por el denunciante- y en su posible calificación como de competencia desleal. El SGDC señala que en las conductas de los ayuntamientos comunicadas se pueden apreciar indicios de infracciones administrativas y, mismo, de conductas delictivas, “pero no de competencia desleal, en el sentido del artículo 7 de la Ley de Defensa de la Competencia”, ya que “los actos de competencia desleal, para ser considerados así, deben ser imputables a empresas a cualquier otras personas físicas o jurídicas que participen en el mercado, entendido este como mercado de bienes o servicios”. Por esto considera que “aún que los ayuntamientos hagan dejación de sus funciones respecto de la existencia de exhibir la citada tarjeta, no estarían actuando como competidores, sino como administración pública, e no puede decirse de ellos que estén realizando actos de competencia desleal, porque non compiten con el denunciante”.

Así pues, el SGDC sigue la línea argumental del Tribunal de Defensa de la Competencia que, entre otras muchas, en su resolución 145/96, Denegación de Venta Ambulante, en referencia a la concesión de licencias por parte de los ayuntamientos entiende que tales actuaciones “constituyen actos administrativos sujetos a normas de derecho público, sin que pueda considerarse que, en su ejercicio, los Ayuntamientos asumen un papel de operador económico... En consecuencia, su actividad no puede analizarse ni ser revisada por el Tribunal desde la perspectiva de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia. Por el contrario tales actos, en cuanto están sujetos al Derecho Administrativo pueden ser recurridos por los interesados que consideren perjudicados, ante la jurisdicción contencioso-administrativa, una vez agotados los recursos administrativos”.

CUARTO.- Ahora bien, aunque en el primer escrito del denunciante este solicita una sanción para los ayuntamientos que hacen dejación de sus funciones, su denuncia de competencia desleal se refiere “a todos los comerciantes ambulantes de Galicia” que incumplen la normativa de venta ambulante y, en concreto, que no se identifican con la “tarjeta de la Xunta”. Esta consideración resulta aún más clara en el escrito de alegaciones.

No obstante la mayor concreción del escrito de alegaciones, en este documento el denunciante tampoco identifica a los posibles autores de las prácticas desleales denunciadas, por lo que cabe hablar más de nueva informativa genérica sobre actuaciones en los

mercados ambulantes de Galicia que de denuncia concreta, en sentido del artículo 36.3 LCD.

QUINTA.- La cuestión que se debate es, pues, si el Acuerdo del SGDC de no iniciar el procedimiento derivado de la presunta realización de las prácticas denunciadas es ajustado. Para esto hace falta, siguiendo la doctrina del Tribunal de Defensa de la Competencia (Fundamento de derecho 2 de la Resolución 399/99, Propiedad Urbana de Gerona) que para que este se pueda aplicar la prohibición contenida en el artículo 7 LDC será preciso que “en las conductas denunciadas concurren las siguientes circunstancias: a) Que sean constitutivas de competencia desleal; y b) Que hayan producido un falseamiento sensible de la libre competencia, en todo o en parte del mercado nacional, que cause una afectación al interés público”.

SEXTA.- Respecto a la primera cuestión –la calificación de los actos denunciados como competencia desleal-, es relevante a lo dispuesto en el artículo 15 de la Ley 3/1991, del 10 de enero, de competencia desleal, que en sus dos primeros párrafos establece:
“1. Se considera desleal prevalerse en el mercado de una ventaja competitiva adquirida mediante la infracción de las leyes. La ventaja tiene que ser significativa.
2. Tendrá también la consideración de desleal la simple infracción de normas jurídicas que tengan por objeto la reglamentación de la actividad comercial”.

Por otra parte, según el artículo 11 del Decreto 194/2001, de 26 de julio, de ordenación de la venta ambulante (DOG 21 de agosto de 2001), se dice:

“1. Quien ejerza el comercio ambulante deberá tener expuestos sus datos de identificación y domicilio de forma que resulten fácilmente visibles para el público;
2. La identificación del comerciante ambulante se hará efectiva mediante la exhibición de la tarjeta expedida por el registro (de comerciantes ambulantes de Galicia) o copia compulsada, que llevará colocada en la forma que resulta más apropiada para los referidos efectos de información general y su comodidad personal”.

Dado que la conducta denunciada sobre otros comerciantes ambulantes –no exhibición de tarjeta de la Xunta- supone una infracción de las leyes que puede generar una ventaja competitiva significativa en el mercado de los operadores que incumplen la normativa respecto de los comerciantes, ambulantes y sedentarios, que cumplen sus obligaciones, cabría calificarla en principio de competencia desleal.

En este sentido cabe citar la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona en el recurso de apelación núm. 846/1996 que, en F3, señala que la Ley de Competencia Desleal “convierte la ilicitud

externa al sistema de competencia desleal, es decir, la infracción de normas de sectores del ordenamiento jurídico ajenos al Derecho de la competencia, en ilicitud interna al sistema”.

SEPTIMA.- Ahora bien, la eventual existencia de actos desleales no suponen que estos infrinjan necesariamente el artículo 7 de la Ley 16/1989, del 17 de julio, de defensa de la competencia. Para que esto se produzca hace falta que la conducta desleal genere un falseamiento sensible de la libre competencia, en todo o en parte del mercado, que cause una afectación al interés público.

Por lo tanto, solamente cuando se den estos requisitos estará habilitado el TGDC para entrar a conocer de dichos actos, debiendo los interesados, en otros casos, acudir a la Jurisdicción Ordinaria, como establece la Ley 3/1991, de 10 de enero, de competencia desleal.

Ahora bien, en el Decreto 194/2001, de 26 de julio, de ordenación de la venta ambulante, se dice que:” la venta ambulante tienen en Galicia, por la típica dispersión de su población y agrupamiento en una gran cantidad de pequeños núcleos con frecuencia carentes de estructura comercial alguna, una importancia muy considerable; y así mismo comporta múltiples implicaciones tanto para los consumidores y usuarios como para el comercio sedentario y las corporaciones locales”

De lo dicho anteriormente resulta que la conducta examinada puede suponer un falseamiento sensible de la libre competencia en los mercados afectados, con efectos negativos sobre el rendimiento tanto de los comerciantes ambulantes como de los sedentarios que cumplen la normativa existente. Por otra parte, podría tener interés público, fundamentalmente por sus potenciales efectos negativos sobre el bienestar de los consumidores.

Vistos los preceptos legales citados y los de general aplicación, el Tribunal Gallego de Defensa de la Competencia

RESOLVIO

1. Estimar parcialmente el recurso de don J. F. R. A. contra el Acuerdo del SGCD de no iniciar el procedimiento derivado de la presunta realización de las conductas previstas en el artículo 7 de LDC, por los hechos denunciados, en el sentido de desestimar el recurso contra los alcaldes de los ayuntamientos gallegos que permiten la venta ambulante de comerciantes sin identificar, y de estimar el recurso contra los comerciantes ambulantes que llevan a cabo los comportamientos denunciados.

En consecuencia, este Tribunal insta al SGDC a que inicie un procedimiento de información reservada sobre posibles actuaciones restrictivas de la competencia en los mercados periódicos de la provincia de Pontevedra, o cuando menos en los ayuntamientos de Baiona, Marín y Ponteareas.

2. Comunicar a la Dirección Xeral de Comercio e Consumo a información recibida.

3. Comunicar a los alcaldes de los ayuntamientos de la provincia de Pontevedra, en particular a los de Baiona, Marín y Ponteareas, la información recibida.

4. Comuníquese esta Resolución al SGDC y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que contra ella no cabe recurso alguno en vía administrativa, pudiendo interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia en un plazo de dos meses contados desde la notificación de esta Resolución, por lo que respecta al archivo que se confirma. Respecto a la revocación parcial del acuerdo no cabe ningún tipo de recurso al ser un acto que decide la continuación del expediente sin causar indefensión.