

RESOLUCIÓN (Expte. R-5/2007) Venta Ambulante 2

Pleno

Sres.:

D. José Antonio Varela González, Presidente

D. Fernando Varela Carid, Vocal

D. Alfonso Vez Pazos, Vocal

En Santiago de Compostela, a 14 de junio de 2007.

El Pleno del Tribunal Gallego de Defensa de la Competencia (TGDC), con la composición indicada más arriba, y siendo Ponente el vocal D. Fernando Varela Carid, dictó la siguiente Resolución en el expediente R- 5/2007, Venta Ambulante 2, (6/2006 del Servicio Gallego de Defensa de la Competencia – SGDC-), originado por el recurso interpuesto el 28 de marzo de 2007 por D. J. F. R. A. contra el Acuerdo del SGDC de 16 de marzo de 2007, de archivo de las actuaciones derivadas de la denuncia formulada por el recurrente por considerar que no existían indicios de infracción de la Ley 16/1989, del 17 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC).

ANTECEDENTES DE HECHO

- 1.- Con fecha 16 de junio de 2006, el SGDC recibió denuncia de D. J. F. R. A. por presuntas prácticas de competencia desleal prohibidas por el artículo 7 de la LDC efectuadas por los comerciantes ambulantes de Galicia que, a juicio del denunciante, estaban instalando puestos de venta sin exponer públicamente la tarjeta de Registro de Comerciantes

Ambulantes de la Xunta de Galicia. Al mismo tiempo, el denunciante solicitó que se sancionase a los alcaldes de los ayuntamientos donde se estaba consintiendo que los puestos ambulantes se instalasen incumpliendo la normativa que regula esa actividad, en concreto el artículo 10 del Decreto 194/2001, de 26 de julio, de Ordenación de la Venta Ambulante.

- 2.- Con fecha 28 de junio de 2006, el SGDC acordó no iniciar el procedimiento derivado de la presunta realización de conductas contrarias a lo dispuesto en el artículo 7 LDC, al considerar que la no exhibición de la tarjeta expedida por el Registro de Comerciantes Ambulantes de Galicia constituye una infracción administrativa, pero no un acto de competencia desleal. Por otra parte, el SGDC consideró que, aunque los ayuntamientos hiciesen dejación de sus funciones respecto de la exigencia de exhibir la citada tarjeta, no estarían actuando como competidores, sino como administración pública, y, por tanto, no puede predicarse de ellos que realicen actos de competencia desleal.
- 3.- Con fecha 6 de julio de 2006, el Acuerdo del SGDC citado en el punto anterior fue recurrido por D. J. F. R. A., mediante escrito en el que señalaba que las conductas denunciadas como competencia desleal no sólo son actos de dejación de los responsables municipales, sino también resultado de la actuación de comerciantes ambulantes no identificados, que deben ser responsables de su conducta.
- 4.- El 31 de julio de 2006, el Pleno del TGDC admitió a trámite el recurso interpuesto por D. J. F. R. A., designó como Ponente del mismo a D. José Antonio Varela González, presidente del TGDC, y aprobó la Providencia para la puesta de manifiesto del expediente a la única parte interesada, que fue el propio denunciante.

- 5.- Recibidas las alegaciones del denunciante, el TGDC dictó Resolución el 14 de septiembre de 2006 estimando parcialmente el recurso de D. J. F. R. A. 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.

El Tribunal instó al SGDC a que iniciase 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 Pontearreas.

- 6.- El 16 de marzo de 2007, el SGDC, tras efectuar la información reservada indicada por el Tribunal, acordó archivar las actuaciones derivadas de la denuncia presentada por D. J. F. R. A. por considerar que no existía indicios de infracción de la Ley de Defensa de la Competencia.
- 7.- Nuevamente, el denunciante, D. J. F. R. A., presentó recurso contra esa decisión del SGDC, mediante escrito de 28 de marzo de 2007.
- 8.- El TGDC, en aplicación del artículo 48.1 LDC, se dirigió al Servicio para que remitiese el expediente junto con su informe, e indicase expresamente si existía alguna irregularidad en la representación de la parte actora o en el plazo de presentación del recurso.
- 9.- El 27 de abril de 2007, el SGDC remitió a este Tribunal el expediente de referencia, ratificándose en los fundamentos que dieron lugar al Acuerdo adoptado el 16 de marzo de 2007.

- 10.- El 2 de mayo de 2007, el TGDC acordó admitir a trámite este segundo recurso interpuesto por D. J. F. R. A. contra el Acuerdo del SGDC de 16 de marzo de 2007. En esa misma fecha se nombró Ponente al vocal D. Fernando Varela Carid, se informó al interesado de la admisión a trámite, y se abrió un plazo de 15 días hábiles para que formulase alegaciones y presentase los documentos y justificaciones que estimase pertinentes.

Fue considerado único interesado D. J. F. R. A..

- 11.- Con entrada de 15 de mayo de 2007, se recibieron en el TGDC las alegaciones del recurrente, en las que se ratifica en su posición ya expresada con anterioridad, en el sentido de denunciar que muchos comerciantes ambulantes no cumplen con la obligación de exponer la tarjeta de Registro de la Xunta de Galicia, indicando que no la exhiben porque en realidad no la poseen.
- 12.- El Pleno del TGDC deliberó y falló sobre este expediente en su reunión de 11 de junio de 2007.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

- 1.- El artículo 47 LDC señala que los actos del Servicio de Defensa de la Competencia que decidan directa o indirectamente el fondo del asunto, determinen la imposibilidad de continuar un procedimiento, o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos, serán recurribles ante el Tribunal de Defensa de la Competencia en el plazo de diez días.
- 2.- Admitido a trámite el recurso, y a la vista de lo anterior, la cuestión que debe resolver el Tribunal en este caso es si existen o no indicios de

conducta anticompetitiva, a partir de los hechos investigados por el SGDC respondiendo a la denuncia de D. J. F. R. A. y a las indicaciones de este Tribunal en su Resolución de 14 de septiembre de 2006, hechos que para su consideración adecuada deben estar suficientemente comprobados.

- 3.- La materia que se examina es si los vendedores ambulantes denunciados están incurriendo o no en una práctica de competencia desleal contraria al artículo 7 LDC y por tanto perseguible y sancionable, al no exhibir la tarjeta expedida por el Registro de Comerciantes Ambulantes de Galicia, y, por extensión, la autorización municipal que deben obtener los vendedores ambulantes para desarrollar su actividad en un ayuntamiento determinado.
- 4.- El SGDC decidió el archivo de diligencias basando su decisión en que no se reúnen los requisitos indicados en el artículo 15.1 de la Ley 3/1991, del 10 de enero, de Competencia Desleal (LCD), por considerar que no se está infringiendo una ley y que tampoco puede apreciarse ventaja competitiva significativa derivada de la no exhibición de la tarjeta expedida por el Registro de Comerciantes Ambulantes de Galicia. Del mismo modo, el Servicio tampoco considera que exista conculcación del artículo 15.2 LCD, al estimar que no hay infracción de normas concurrenciales. En conclusión, el SGDC entiende que la conducta denunciada no constituye un acto de competencia desleal, y, por tanto, no puede haber violación del artículo 7 de la Ley de Defensa de la Competencia.
- 5.- En opinión de este Tribunal, para examinar debidamente este asunto debe distinguirse entre el hecho de no poseer la tarjeta expedida por el Registro de Comerciantes Ambulantes de Galicia, y además la correspondiente autorización municipal, y, por tanto, no estar en

condiciones de exhibir esos documentos, del hecho, menos relevante, de poseer la tarjeta de la Xunta y la autorización municipal, pero no exhibirlas en el momento de instalar los puestos de venta ambulante y proceder a la distribución de sus productos.

6.- El Decreto 194/2001, del 26 de julio, de Ordenación de la Venta Ambulante, señala en el artículo 10 los requisitos para el ejercicio de la venta ambulante, que son los siguientes:

- a) Estar dado de alta y al corriente en el pago del impuesto de actividades económicas, así como satisfacer las contribuciones municipales establecidas para este tipo de venta.
- b) Estar dado de alta en el régimen correspondiente de la Seguridad Social y al corriente en el pago de las cotizaciones de tal régimen.
- c) Estar inscrito en el Registro de Comerciantes Ambulantes de Galicia y disponer del correspondiente documento acreditativo.
- d) Estar debidamente identificado como comerciante ambulante.
- e) En el caso de extranjeros, acreditar el cumplimiento de la normativa específica vigente.
- f) Disponer de la correspondiente autorización municipal.
- g) Cumplir las condiciones y requisitos exigidos por la normativa reguladora de los productos que sean objeto de venta.

Desde esa perspectiva, la posesión y exhibición de la tarjeta expedida por el Registro de Comerciantes Ambulantes de Galicia cumple una

función de control que permite comprobar el adecuado cumplimiento de los requisitos señalados en el párrafo anterior, específicamente el alta y el pago del impuesto de actividades económicas, la satisfacción de las contribuciones municipales, y el alta y el pago de las cotizaciones a la Seguridad Social. La autorización municipal viene a reforzar esta misma función de control por parte de los ayuntamientos.

Debe concluirse, por tanto, que la obtención de la referida tarjeta de la Xunta de Galicia y la autorización municipal constituyen elementos fundamentales del acceso a la actividad de vendedor ambulante.

Por el contrario, la mera no exhibición de la tarjeta de la Xunta de Galicia, o de la autorización municipal, constituye un acto menos relevante, aunque que también incumple lo dispuesto en el artículo 10 del Decreto 194/2001.

- 7.- El artículo 7 LDC señala que el Tribunal de Defensa de la Competencia conocerá de los actos de competencia desleal siempre y cuando esos actos distorsionen gravemente las condiciones de competencia en el mercado y que esa grave distorsión afecte al interés público.

La doctrina del TDC es clara respecto a la interpretación y aplicación de este artículo. Entre otras, cabe citar la Resolución TDC 399/99, Propiedad Urbana de Gerona, y también la Resolución TDC 439/98, Ambulancias Cataluña. En la primera de las mencionadas, ya referida por este Tribunal en la Resolución anterior sobre este mismo expediente, el TDC señala que para aplicar el artículo 7 LDC será necesario que *“en las conductas denunciadas concurren las siguientes circunstancias: a) que sean constitutivas de competencia desleal; y b) que produzcan un falseamiento sensible de la libre competencia, en todo o en parte del mercado nacional, que cause una afectación al interés público”*.

En vista de lo anterior, para la correcta aplicación del artículo 7 LDC, debe probarse primeramente que la conducta denunciada constituye, en efecto, un acto de competencia desleal, para lo que es necesario remitirse a lo dispuesto en la normativa que regula los ilícitos de esa naturaleza.

8.- El artículo 15 de la Ley 3/1991, de Competencia Desleal, señala textualmente:

“1.- Se considera desleal prevalerse en el mercado de una ventaja competitiva adquirida mediante la infracción de las leyes. La ventaja debe ser significativa.

2.- Tendrá también la consideración de desleal la simple infracción de normas jurídicas que tengan por objeto la regulación de la actividad concurrencial.”

Refiriéndonos específicamente al punto 2 de este artículo, no hay duda que, según interpretación exhaustiva de la doctrina y de la jurisprudencia, por normas jurídicas reguladoras de la actividad concurrencial deben entenderse aquellas que sirven para diseñar la estructura del mercado relevante, y, en concreto, las que regulan el acceso a una determinada actividad, es decir, la entrada, el mantenimiento y la salida de las empresas que participan en ese mercado específico. A este respecto puede mencionarse, entre otras, la STS de 13 de marzo de 2000, (RJ 2000, 1207) en la que se indica: *“la labor hermenéutica de fijar qué normas deben entenderse incluidas en este apartado (2 do artículo 15) exige en primer lugar utilizar el criterio sistemático que utiliza el apartado anterior; el apartado primero es de naturaleza extensiva, pues no atiende al contenido de la norma sino*

solamente a su forma. El apartado que nos interesa es, por el contrario, intensivo pues lo importante es el contenido de la norma – y no su forma-. Lo determinante es que tenga por “objeto” la regulación de la actividad comercial. Y ese “objeto” debemos entenderlo como objeto directo y no indirecto o reflejo (...)”.

Se expresa también con mucha claridad la SAP Valencia nº. 551/2005, de 21 de diciembre, al señalar que *“la Orden de 10 de marzo de 1998 (se refiere a un reglamento sobre uso de aparatos a presión para extintores de incendios) viene a regular directamente la actividad concurrencial en el mercado de dichas empresas, pues para que éstas realicen su actividad deben contar con la consiguiente autorización administrativa (...); de este modo la referida norma establece las condiciones en las que se concurre al mercado (...) circunstancia ésta que entra de lleno en el ámbito del artículo 15.2 de la LCD”*.

Resulta claro, en consecuencia, que el artículo 10 del Decreto 194/2001, de 26 de julio, al señalar los requisitos exigidos para el ejercicio de la actividad de venta ambulante, está determinando las condiciones que regulan el acceso, mantenimiento y salida de los posibles operadores en ese mercado y por tanto es, plenamente, una norma reguladora del orden concurrencial, de modo que cualquier violación de esa norma constituye un ilícito del artículo 15.2 LCD.

Resulta claro también, teniendo en cuenta el tenor del artículo 15.2, que la mera violación de una norma jurídica reguladora de la actividad concurrencial, en este caso el artículo 10 del Decreto 194/2001, basta para que sea considerada como un ilícito de la Ley de Competencia Desleal, de modo que no es necesario probar que se derive de esa norma una ventaja competitiva significativa.

- 9.- Aún en el supuesto de considerar una eventual aplicación del artículo 15.1 LCD, este Tribunal entiende que la no posesión y por tanto la no exhibición de la tarjeta expedida por el Registro de Comerciantes Ambulantes de Galicia y la autorización municipal correspondiente constituye una infracción de las leyes, denominación ésta que debe interpretarse en sentido genérico, incluyendo también los decretos de las autoridades autonómicas, según señala exhaustivamente la doctrina y la jurisprudencia.

En este supuesto, sí sería necesario probar que existe ventaja competitiva significativa derivada de la infracción del Decreto 194/2001. Ahora bien, este Tribunal estima que, en efecto, la no posesión de la tarjeta expedida por el Registro de Comerciantes Ambulantes de Galicia y de la autorización municipal confiere una ventaja competitiva significativa al infractor, dado que, como se señaló en el Fundamento 8, la inscripción en el registro cumple una función de control para comprobar que efectivamente el operador solicitante está al corriente en los pagos de impuestos de actividades económicas, las contribuciones municipales y la Seguridad Social. Quien ejerza la actividad de venta sin cumplir con esos requisitos obviamente tiene un coste menor que puede fácilmente trasladar a los precios, obteniendo con ello una ventaja competitiva clara.

Quedaría por comprobar, en esta línea argumental, que ese menor coste se traduce efectivamente en una ventaja competitiva práctica mediante la aplicación de precios menores o cualquier otra manifestación en el mercado relevante.

- 10.- Por el contrario, el hecho de poseer la tarjeta de la Xunta de Galicia y la autorización municipal, pero no exhibirlas, constituye, desde esta perspectiva, un acto de naturaleza muy distinto de su carencia. La

simple no exhibición de las licencias correspondientes constituye una infracción del citado artículo 10 del Decreto 194/2001, en concreto de su punto d), antes señalado, pero no se puede considerar que otorgue ventaja competitiva significativa al infractor. Más bien al contrario, la posesión y no exhibición de la tarjeta o de la autorización municipal incluso puede restar clientela al vendedor infractor, dada la mayor seguridad que confiere para los posibles compradores la identificación y comprobación de legalidad del vendedor, factor que adquiere una especial relevancia cuando se trata de productos perecederos.

- 11.- Constatado, por tanto, en opinión de este Tribunal, que la carencia de la tarjeta expedida por el Registro de Comerciantes Ambulantes de Galicia y de la autorización municipal constituye un acto de competencia desleal, se debe probar a continuación que, como señala el artículo 7 LDC, ese acto distorsione gravemente las condiciones de competencia en el mercado y que esa grave distorsión afecte al interés público, o en palabras del TDC, *“que produzca un falseamiento sensible de la libre competencia, en todo o en parte del mercado nacional, que cause una afectación al interés público”*.

Este Tribunal ya se pronunció respecto al posible falseamiento sensible de la libre competencia y a la afectación del interés público en su Resolución R-3/2006, sobre este mismo asunto, en la que señalaba que *“la conducta examinada podría 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 (efectos sobre el) interés público, fundamentalmente por sus potenciales efectos negativos sobre el bienestar de los consumidores”*.

Para poder evaluar apropiadamente si, en efecto, existe falseamiento de la libre competencia y por tanto afectación del interés público, ligado este último a la importancia ponderada de la venta ambulante en Galicia por la dispersión de su población y agrupamiento en una gran cantidad de pequeños núcleos, con múltiples implicaciones para consumidores y usuarios, sería necesario disponer de más información que la aportada hasta ahora por el expediente remitido por el SGDC. La importancia general del sector debe ponerse en perspectiva con el número relativo de vendedores ambulantes que incumplan con la obligación de poseer la tarjeta expedida por el Registro de Comerciantes Ambulantes de Galicia y de la licencia municipal en los distintos mercados ambulantes que se identifiquen, pues no tiene la misma relevancia a efectos de la competencia que el número de infractores sea pequeño a que un elevado porcentaje de los vendedores presentes en el mercado incumpla con la normativa y obtenga ventajas competitivas de modo desleal.

- 12.- En vista de las observaciones anteriores, este Tribunal considera que se debe estimar el recurso de D. J. F. R. A. y, en consecuencia, devolver las actuaciones al Servicio Gallego de Defensa de la Competencia para que se incoe expediente y se determinen con exactitud los puntos que se mencionan más adelante y cuantos otros sean precisos para una adecuada evaluación del posible impacto de la conducta denunciada sobre el falseamiento de la competencia y el interés público, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 7 LDC.

Sería oportuno, a este respecto, que el Servicio se dirija a los ayuntamientos de la provincia de Pontevedra que, de acuerdo con la información disponible, tengan mercados de venta ambulante que sean especialmente significativos dentro de su actividad comercial y, en todo caso, a los de Baiona, Marín y Pontearreas, para obtener los datos siguientes:

a.- Número total de comerciantes ambulantes en cada uno de los mercados examinados.

b.- Número e identificación de los vendedores ambulantes que no posean la tarjeta expedida por el Registro de Comerciantes Ambulantes de Galicia y la autorización municipal correspondiente.

c.- Número e identificación de los vendedores ambulantes que posean la tarjeta expedida por el Registro de Comerciantes Ambulantes de Galicia pero no la autorización municipal para desarrollar esa actividad. Dentro de este grupo, habría que determinar los vendedores que exhiben la mencionada tarjeta de la Xunta y los que no la exhiben, y

d.- Número de vendedores ambulantes que tienen ambas licencias, la tarjeta de la Xunta y la autorización municipal, con indicación de los que exhiben ambas, alguna de ellas o ninguna.

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

RESUELVE

Primero.- Estimar el recurso de D. J. F. R. A. contra el Acuerdo del Servicio Gallego de Defensa de la Competencia de 16 de marzo de 2007, por el que se archivaron las actuaciones de la denuncia presentada por el recurrente contra otros comerciantes ambulantes no

identificados, por presuntas prácticas consistentes en actos de competencia desleal contrarios al artículo 7 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia.

Segundo.- Revocar el mencionado acuerdo del Servicio Gallego de Defensa de la Competencia y, en consecuencia, remitir las actuaciones a ese Servicio para que incoe e instruya expediente en relación con la denuncia presentada por el recurrente, y se determine, con el mayor grado de precisión posible, la incidencia de los actos de competencia desleal denunciados en los mercados de venta ambulante de los ayuntamientos de la provincia de Pontevedra donde esa actividad tenga una especial significación, y, en todo caso, en los de Baiona, Marín y Pontearreas, de modo que se pueda evaluar correctamente el grado de falseamiento de la competencia y de afectación del interés público de esas prácticas anticompetitivas, con la correspondiente identificación de los posibles responsables, hasta una completa calificación de los hechos denunciados.

Comuníquese esta Resolución al Servicio Gallego de Defensa de la Competencia, y notifíquese al interesado, informándolo de que contra ella no cabe recurso alguno, sin perjuicio de los actos que procedan cuando este Tribunal dicte Resolución definitiva.