

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

Pleno

Ecxmos. Sres.:

D. José Antonio Varela González, Presidente

D. Fernando Varela Carid, Vogal

D. Alfonso Vez Pazos, Vogal

En Santiago de Compostela, a 14 de setembro de 2006

O Pleno do Tribunal Galego de Defensa da Competencia (TGDC), coa composición indicada máis arriba e sendo Relator don José Antonio Varela González, presidente, ditou a seguinte Resolución no expediente R-3/2006, 6/2006 do Servizo Galego de Defensa da Competencia (SGDC), orixinado polo recurso interposto o 6 de xullo de 2006 por don J. F. R. A. contra o Acordo do SGDC, do 28 de xuño de 2006, de non iniciar o procedemento derivado da denuncia formulada polo recorrente contra alcaldes de concellos galegos e, ao mesmo tempo, contra outros comerciantes ambulantes non identificados, por presuntas prácticas incursas na Lei 16/1989, de defensa da competencia, consistentes en actos de competencia desleal.

ANTECEDENTES DE FEITO

- 1.- Con data 16 de xuño de 2006, o SGDC recibiu un escrito de don J. F. R. A., no que denunciaba a “tódolos comerciantes ambulantes de Galicia que incumprindo a Normativa actual (Decreto 194/2001 Art. 10. c) están instalando os postos ambulantes sen expoñer publicamente a tarxeta do Rexistro de Comerciantes Ambulantes da Xunta de Galicia ... e nesta situación os comerciantes ambulantes autónomos vémonos privados da máis mínima posibilidade de competir en igualdade”. Dado o antedito, o denunciante solicitaba “Que coa máxima urxencia posible se estude e confirme esta situación agora denunciada sancionando debidamente ós Alcaldes dos Concellos onde se está consentido que os postos ambulantes se instalen incumprindo o Decreto anteriormente mencionado”.

Do escrito do denunciante resulta, pois, que este solicita que sexan

sancionados os alcaldes de concellos que permiten a instalación de postos de venda sen exhibir a “tarxeta da Xunta”, a tarxeta expedida polo Rexistro de Comerciantes Ambulantes de Galicia, por deixamento das súas funcións. Estes alcaldes non eran identificados no escrito. Ao mesmo tempo denuncia aos comerciantes ambulantes que incumpren a normativa existente (artigo 10.c) do Decreto 194/2001, do 26 de xullo, de ordenación da venda ambulante) por presuntas prácticas de competencia desleal no sector da venda ambulante. O denunciante remite a unha páxina web na que, indica, existe máis información sobre a conduta denunciada, incluído un vídeo emitido por unha canle de televisión nacional.

- 2.- Con data 28 de xuño de 2006, o SGDC acordou non iniciar o procedemento derivado da presunta realización das condutas previstas no artigo 7 da Lei 16/1989, do 17 de xullo, de defensa da competencia, polos feitos denunciados ó considerar que a conduta denunciada, a non exhibición da tarxeta expedida polo Rexistro de Comerciantes Ambulantes de Galicia, “constitúe claramente unha infracción administrativa que debe ser perseguida polas autoridades competentes”.

Para o SGDC, dos feitos denunciados e da información contida na páxina web á que se remitía a denuncia poden apreciarse indicios de infraccións administrativas e, mesmo, de condutas delituosas, “pero non de competencia desleal, no sentido do artigo 7 da Lei de Defensa da Competencia”, xa que “os actos de competencia desleal, para seren considerados así, deben ser imputables a empresarios ou calquera outras persoas físicas ou xurídicas que participen no mercado, entendido este como mercado de bens ou servizos”. No caso examinado, o SGDC consideraba que “aínda que os concellos fagan deixación das súas funcións respecto da esixencia de exhibir a citada tarxeta, non estarían actuando como competidores, senón como administración pública, e non pode predicarse deles que estean realizando actos de competencia desleal, posto que non compiten co denunciante”.

Así mesmo, engade o SGDC no seu acordo, “os comportamentos que define a Lei 3/1991, do 10 de xaneiro, de competencia desleal, deben realizarse no mercado e con fins concorrenciais, é dicir, debe tratarse de actos obxectivamente idóneos para promover ou asegurar a difusión no mercado das prestacións propias ou dun terceiro”, considerando que non se dan no caso examinado.

O razoamento anterior leva ao SGDC a concluír que, posto que os feitos non poden cualificarse como “actos de competencia desleal, non cabe analizar se se dan os requisitos que esixe o artigo 7 da Lei de defensa da competencia”. Por isto acorda “non iniciar o procedemento”.

- 3.- Con data 6 de xullo de 2006, don J. F. R. A. presentou escrito no SGDC no que interpón recurso contra o acordo do SGDC de non iniciar o procedemento. Sinala que non se lle contesta ao motivo principal da súa denuncia, que é a conduta “que provocan catro sinvergonzas que chegan ós mercadillos as dez da mañán e póñense a vender unhas mercancías que non soportan ningún tipo de impostos, porque a súa situación de ilegalidade non llo permite”. É dicir, segundo a alegación do recorrente, as condutas denunciadas como competencia desleal non son só os actos de deixamento dos responsables municipais, asunto que avalía o SGDC, senón tamén os de outros comerciantes ambulantes non identificados.
4. Con data 24 de xullo de 2006, o TGDC solicitou ao SGDC a remisión do expediente de referencia, co seu correspondente informe, no que, entre outros extremos, se fixera mención á representación do recorrente e a interposición en prazo do citado recurso.
5. Con data 27 de xullo, o SGDC remitiu o expediente e emitiu o correspondente informe, no que sinala que o recurso foi interposto en prazo e se ratifica nos termos do acordo de non iniciar o expediente.
6. Con data 31 de xullo de 2006, o Pleno do TGDC admitiu a trámite o recurso interposto por don J. F. R. A., designando como relator do mesmo a don José Antonio Varela González, presidente do TGDC, de acordo coa correspondente quenda en vigor. Así mesmo, e coa mesma data, o Pleno acordou adoptar a correspondente providencia para a posta de manifesto do expediente ás partes interesadas.
7. Foron considerados interesados:
 - D. J. F. R. A.
- 8.- Con data 14 de agosto de 2006, don J. F. R. A. presentou alegacións nas que manifesta acreditar o seu interese no asunto obxecto da denuncia, na medida en que realiza á actividade da venda ambulante desde hai 17 anos, así como que non pode identificar aos presuntos infractores precisamente polo feito de que non expoñen publicamente as tarxetas de identificación preceptivas. Así mesmo informa ao TGDC que puxo os feitos en coñecemento da Fiscalía da Audiencia Provincial de Pontevedra, que abriu dilixencias previas penais contra os concellos de Marín e Baiona, quedando pendentes o de Pontearreas e dous directores xerais de comercio da Xunta de Galicia.

FUNDAMENTOS DE DEREITO

PRIMEIRO.- O artigo 47.1 da Lei 16/1989, do 17 de xullo, de defensa da competencia, sinala que os actos do Servicio de Defensa de la Competencia, neste caso do SGDC, que decidan directa ou indirectamente o fondo do asunto, determinen a imposibilidade de continuar un procedemento ou produzan indefensión ou prexuízo irreparable a dereitos ou intereses lexítimos, serán recorribles ante o Tribunal de Defensa de la Competencia, neste caso o TGDC, no prazo de dez días.

SEGUNDO.- Os recursos contra os Acordos do SGDC de non proceder ao inicio do procedemento ten que resolvelos o TGDC, limitándose a decidir se resulta acertada a decisión de dito organismo de non iniciar o expediente porque os datos de que dispón son dabondo para afirmar que non existen condutas que vulneren dalgún xeito as prohibicións incluídas na Lei de Defensa da Competencia.

TERCEIRO.- No presente caso, o SGDC centrou a súa análise na conduta dos concellos -non identificados polo denunciante- e na súa posible cualificación como de competencia desleal. O SGDC sinala que nas condutas dos concellos comunicadas se poden apreciar indicios de infraccións administrativas e, mesmo, de condutas delituosas, “pero non de competencia desleal, no sentido do artigo 7 da Lei de Defensa da Competencia”, xa que “os actos de competencia desleal, para seren considerados así, deben ser imputables a empresas ou calquera outras persoas físicas ou xurídicas que participen no mercado, entendido este como mercado de bens ou servizos”. Por iso considera que “aínda que os concellos fagan deixamento das súas funcións respecto da esixencia de exhibir a citada tarxeta, non estarían actuando como competidores, senón como administración pública, e non pode predicarse deles que estean realizando actos de competencia desleal, porque non compiten co denunciante”.

Así pois, o SGDC segue a liña argumental do Tribunal de Defensa da la Competencia que, entre outras moitas, na súa resolución 145/96, *Denegación de Venta Ambulante*, en referencia á concesión de licenzas por parte dos concellos entende que tales actuacións “*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 se consideren perjudicados, ante la jurisdicción contencioso-administrativa, una vez agotados los recursos administrativos”.

CUARTO.- Agora ben, aínda que no primeiro escrito do denunciante este solicita unha sanción para os concellos que fan deixamento das súas funcións, a súa denuncia de competencia desleal refírese “a tódolos comerciantes ambulantes de Galicia” que incumpren a normativa de venda ambulante e, máis en concreto, que non se identifican coa “tarxeta da Xunta”. Esta consideración resulta aínda máis clara no escrito de alegacións.

Non obstante a maior concreción do escrito de alegacións, neste documento o denunciante tampouco identifica aos posibles autores das prácticas desleais denunciadas, polo que cabe falar máis de nova informativa xenérica sobre actuacións nos mercados ambulantes de Galicia que de denuncia concreta, no sentido do artigo 36.3 LDC.

QUINTA.- A cuestión que se dilucida é, pois, se o Acordo do SGDC de non iniciar o procedemento derivado da presunta realización das prácticas denunciadas é axeitado. Para iso cómpre, seguindo a doutrina do *Tribunal de Defensa de la Competencia* (Fundamento de dereito 2 da Resolución 399/99, *Propiedad Urbana de Gerona*) que para que este poida aplicar a prohibición contida no artigo 7 LDC será preciso que “nas condutas denunciadas concorran as seguintes circunstancias: a) Que sexan constitutivas de competencia desleal; e b) Que teñan producido un falseamento sensible da libre competencia, en todo ou en parte do mercado nacional, que cause unha afectación ao interese público”.

SEXTA.- Respecto da primeira cuestión –a cualificación dos actos denunciados como competencia desleal-, é relevante o disposto no artigo 15 da Lei 3/1991, do 10 de xaneiro, de competencia desleal, que nos seus dous primeiros parágrafos establece:

“1. Se considera desleal prevalerse no mercado dunha vantaxe competitiva adquirida mediante a infracción das leis. A vantaxe ten que ser significativa.

2. Terá tamén a consideración de desleal a simple infracción de normas xurídicas que teñan por obxecto a regulamentación da actividade concorrencial”.

Por outra banda, segundo o artigo 11 do Decreto 194/2001, de 26 de xullo, de ordenación da venda ambulante (D.O.G. 21 de agosto 2001), se di:

“1. Quen exerza o comercio ambulante deberá ter expostos os seus datos de identificación e domicilio de xeito que resulten facilmente visibles para o público;

2. A identificación do comerciante ambulante farase efectiva mediante a exhibición da tarxeta expedida polo rexistro [de comerciantes ambulantes de Galicia] ou copia compulsada, que levará colocada na forma que resulte máis axeitada para os referidos efectos de información xeral e a súa comodidade persoal”.

Dado que a conduta denunciada sobre outros comerciantes ambulantes -non exhibición da tarxeta da Xunta- supón unha infracción das leis que pode xerar unha vantaxe competitiva significativa no mercado dos operadores que incumpren a normativa respecto dos comerciantes, ambulantes e sedentarios, que cumpren as súas obrigas, cabería cualificala en principio de competencia desleal.

Neste senso cabe citar a sentenza da Audiencia Provincial de Barcelona no recurso de apelación núm. 846/1996 que, no F3, sinala que a Lei 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”*.

SÉTIMA.- Agora ben, a eventual existencia de actos desleais non supón que estes infrinxan necesariamente o artigo 7 da Lei 16/1989, do 17 de xullo, de defensa da competencia. Para que iso se produza cómpre que a conduta desleal xere un falseamento sensible da libre competencia, en todo ou en parte do mercado, que cause unha afectación ao interese público

Polo tanto, soamente cando se dean estes requisitos estará habilitado o TGDC para entrar a coñecer de ditos actos, debendo os interesados, noutros casos, acudir á Xurisdicción Ordinaria, como establece a Lei 3/1991, de 10 de xaneiro, de competencia desleal.

Agora ben, no Decreto 194/2001, de 26 de xullo, de ordenación da venda ambulante, dise que: “a venda ambulante ten en Galicia, pola típica dispersión da súa poboación e agrupamento nunha gran cantidade de pequenos núcleos con frecuencia carentes de estrutura comercial algunha, unha importancia moi considerable; e así mesmo comporta múltiples implicacións tanto para os consumidores e usuarios como para o comercio sedentario e as corporacións locais”.

Do antedito resulta que a conduta examinada pode supor un falseamento sensible da libre competencia nos mercados afectados, con efectos negativos sobre o rendemento tanto dos comerciantes ambulantes como dos sedentarios que cumpren a normativa existente. Por outra banda, podería ter interese público, fundamentalmente polos seus potenciais efectos negativos sobre o benestar dos consumidores.

Vistos os preceptos legais citados e os de xeral aplicación, o Tribunal Galego de Defensa da Competencia

RESOLVEU

1. Estimar parcialmente o recurso de don J. F. R. A. contra o Acordo do SGDC de non iniciar o procedemento derivado da presunta realización das condutas previstas no artigo 7 de LDC, polos feitos denunciados, no sentido de desestimar o recurso contra os alcaldes de concellos galegos que permiten a venda ambulante de comerciantes sen identificar, e de estimar o recurso contra os comerciantes ambulantes que levan a cabo os comportamentos denunciados.

En consecuencia, este Tribunal insta ao SGDC a que inicie un procedemento de información reservada sobre posibles actuacións restrictivas da competencia nos mercados periódicos da provincia de Pontevedra, ou cando menos nos concellos de Baiona, Marín e Pontearreas.

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

3. Comunicar aos alcaldes dos concellos da provincia de Pontevedra, en particular aos de Baiona, Marín e Pontearreas, a información recibida.

4. Comuníquese esta Resolución a SGDC e notifíquese aos interesados, facéndolles saber que contra ela non cabe recurso algún en vía administrativa, podendo interpor recurso contencioso-administrativo ante a Sala do Contencioso-Administrativo do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia no prazo de dous meses contados desde a notificación desta Resolución, polo que respecta ao arquivo que se confirma. Respecto da revogación parcial do acordo non cabe ningún tipo de recurso ao ser un acto que decide a continuación doo el expediente sen causar indefensión.

