

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

Pleno

Sres.:

D. José Antonio Varela González, Presidente

D. Fernando Varela Carid, Vogal

D. Alfonso Vez Pazos, Vogal

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

O Pleno do Tribunal Galego de Defensa da Competencia (TGDC), coa composición indicada máis arriba, e sendo Relator o vogal D. Fernando Varela Carid, ditou a seguinte Resolución no expediente R- 5/2007, Venda Ambulante 2, (6/2006 do Servizo Galego de Defensa da Competencia –SGDC-), orixinado polo recurso interposto o 28 de marzo de 2007 por D. J. F. R. A. contra o Acordo do SGDC de 16 de marzo de 2007, de arquivo das actuacións derivadas da denuncia formulada polo recorrente por considerar que non existían indicios de infracción da Lei 16/1989, do 17 de xullo, de Defensa da Competencia (LDC).

ANTECEDENTES DE FEITO

- 1.- Con data 16 de xuño de 2006, o SGDC recibiu denuncia de D. J. F. R. A. por presuntas prácticas de competencia desleal prohibidas polo artigo 7 da LDC efectuadas polos comerciantes ambulantes de Galicia que, a xuízo do denunciante, estaban instalando postos de venda sen expoñer publicamente a tarxeta de Rexistro de Comerciantes Ambulantes da

Xunta de Galicia. Ao mesmo tempo, o denunciante solicitou que se sancionase aos alcaldes dos concellos onde se estaba consentindo que os postos ambulantes se instalen incumprindo a normativa que regula esa actividade, en concreto o artigo 10 do Decreto 194/2001, de 26 de xullo, de Ordenación da Venda Ambulante.

- 2.- Con data 28 de xuño de 2006, o SGDC acordou non iniciar o procedemento derivado da presunta realización de condutas contrarias ao disposto no artigo 7 LDC, ao considerar que a non exhibición da tarxeta expedida polo Rexistro de Comerciantes Ambulantes de Galicia constitúe unha infracción administrativa, pero non un acto de competencia desleal. Por outra parte, o SGDC considerou que, aínda que os concellos fixeran deixación das súas funcións respecto da esixencia de exhibir a citada tarxeta, non estarían actuando como competidores, senón como administración pública, e, por tanto, non pode predicarse deles que realicen actos de competencia desleal.
- 3.- Con data 6 de xullo de 2006, o Acordo do SGDC citado no punto anterior foi recorrido por D. J. F. R. A., mediante escrito no que sinalaba que as condutas denunciadas como competencia desleal non só son actos de deixación dos responsables municipais, senón tamén resultado da actuación de comerciantes ambulantes non identificados, que deben ser responsables pola súa conduta.
- 4.- O 31 de xullo de 2006, o Pleno do TGDC admitiu a trámite o recurso interposto por D. J. F. R. A., designou como Relator do mesmo a D. José Antonio Varela González, presidente do TGDC, e aprobou a Providencia para a posta de manifesto do expediente á única parte interesada, que foi o propio denunciante.

5.- Recibidas as alegacións do denunciante, o TGDC ditou Resolución o 14 de setembro de 2006 estimando parcialmente o recurso de D. J. F. R. A. 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.

O Tribunal instou ao SGDC a que iniciase un procedemento de información reservada sobre posibles actuacións restritivas da competencia nos mercados periódicos da provincia de Pontevedra, ou cando menos nos concellos de Baiona, Marín e Pontearreas.

6.- O 16 de marzo de 2007, o SGDC, tras efectuar a información reservada indicada polo Tribunal, acordou archivar as actuacións derivadas da denuncia presentada por D. J. F. R. A. por considerar que non existían indicios de infracción da Lei de Defensa da Competencia.

7.- Novamente, o denunciante, D. J. F. R. A., presentou recurso contra esa decisión do SGDC, mediante escrito de 28 de marzo de 2007.

8.- O TGDC, en aplicación do artigo 48.1 LDC, dirixiuse ao Servizo para que remitise o expediente xunto co seu informe, e indicase expresamente se existía algunha irregularidade na representación da parte actora ou no prazo de presentación do recurso.

9.- O 27 de abril de 2007, o SGDC remitiu a este Tribunal o expediente de referencia, ratificándose nos fundamentos que deron lugar ao Acordo adoptado o 16 de marzo de 2007.

10.- O 2 de maio de 2007, o TGDC acordou admitir á trámite este segundo recurso interposto por D. J. F. R. A. contra o Acordo do SGDC de 16 de

marzo de 2007. Nesa mesma data nomeouse Relator ao vogal D. Fernando Varela Carid, informouse ao interesado da admisión a trámite, e abriuse un prazo de 15 días hábiles para que formulase alegacións e presentase os documentos e xustificacións que estimase pertinentes.

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

- 11.- Con entrada de 15 de maio de 2007, recibíronse no TGDC as alegacións do recorrente, nas que se ratifica na súa posición xa expresada con anterioridade, no sentido de denunciar que moitos comerciantes ambulantes non cumpren coa obriga de expoñer a tarxeta de Rexistro da Xunta de Galicia, indicando que non a exhiben porque en realidade non a posúen.
- 12.- O Pleno do TGDC deliberou e fallou sobre este expediente na súa reunión de 11 de xuño de 2007.

FUNDAMENTOS DE DEREITO

- 1.- O artigo 47 LDC sinala que os actos do Servizo de Defensa da Competencia 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 da Competencia no prazo de dez días.
- 2.- Admitido a trámite o recurso, e á vista do anterior, a cuestión que debe resolver o Tribunal neste caso é se existen ou non indicios de conduta anticompetitiva, a partir dos feitos investigados polo SGDC respondendo á denuncia de D. J. F. R. A. e ás indicacións deste Tribunal na súa

Resolución de 14 de setembro de 2006, feitos que para a súa consideración axeitada deben estar suficientemente comprobados.

- 3.- A materia que se examina é se os vendedores ambulantes denunciados están incorrendo ou non nunha práctica de competencia desleal contraria ao artigo 7 LDC e por tanto perseguible e sancionable, ao non exhibiren a tarxeta expedida polo Rexistro de Comerciantes Ambulantes de Galicia, e, por extensión, a autorización municipal que deben obter os vendedores ambulantes para desenvolver a súa actividade nun concello determinado.
- 4.- O SGDC decidiu o arquivo de dilixencias baseando a súa decisión en que non se reúnen os requisitos indicados no artigo 15.1 da Lei 3/1991, do 10 de xaneiro, de Competencia Desleal (LCD), por considerar que non se está infrinxindo unha lei e que tampouco pode apreciarse vantaxe competitiva significativa derivada da non exhibición da tarxeta expedida polo Rexistro de Comerciantes Ambulantes de Galicia. Do mesmo modo, o Servizo tampouco considera que haxa unha conculcación do artigo 15.2 LCD, ao estimar que non hai infracción de normas concurrenciais. En conclusión, o SGDC entende que a conduta denunciada non constitúe un acto de competencia desleal, e, por tanto, non pode haber violación do artigo 7 da Lei de Defensa da Competencia.
- 5.- En opinión deste Tribunal, para examinar debidamente este asunto debe distinguirse entre o feito de non posuír a tarxeta expedida polo Rexistro de Comerciantes Ambulantes de Galicia, e máis a correspondente autorización municipal, e, por tanto, non estar en condicións de exhibir eses documentos, do feito, menos relevante, de posuír a tarxeta da Xunta e a autorización municipal, pero non exhibilas no momento de instalar os postos de venda ambulante e proceder á distribución dos seus produtos.

6.- O Decreto 194/2001, do 26 de xullo, de Ordenación da Venda Ambulante, sinala no artigo 10 os requisitos para o exercicio da venda ambulante, que son os seguintes:

- a) Estar dado de alta e ao corrente no pago do imposto de actividades económicas, así como satisfacer as contribucións municipais establecidas para este tipo de venda.
- b) Estar dado de alta no réxime correspondente da Seguridade Social e ao corrente no pago das cotizacións de tal réxime.
- c) Estar inscrito no Rexistro de Comerciantes Ambulantes de Galicia e dispoñer do correspondente documento acreditativo.
- d) Estar debidamente identificado como comerciante ambulante.
- e) No caso de estranxeiros, acreditar o cumprimento da normativa específica vixente.
- f) Dispoñer da correspondente autorización municipal.
- g) Cumprir as condicións e requisitos esixidos pola normativa reguladora dos produtos que sexan obxecto de venda.

Nesa perspectiva, a posesión e exhibición da tarxeta expedida polo Rexistro de Comerciantes Ambulantes de Galicia cumpre unha función de control que permite comprobar o axeitado cumprimento dos requisitos sinalados no parágrafo anterior, nomeadamente a alta e o pago do imposto de actividades económicas, a satisfacción das contribucións municipais, e a alta e o pago das cotizacións á Seguridade Social. A

autorización municipal ven a reforzar esta mesma función de control por parte dos concellos.

Debe concluírse, por tanto, que a obtención da referida tarxeta da Xunta de Galicia e mais da autorización municipal constitúen elementos fundamentais do acceso á actividade de vendedor ambulante.

Polo contrario, a mera non exhibición da tarxeta da Xunta de Galicia, ou da autorización municipal, constitúe un acto menos relevante, aínda que tamén incumpre o disposto no artigo 10 do Decreto 194/2001.

- 7.- O artigo 7 LDC sinala que o Tribunal de Defensa da Competencia coñecerá dos actos de competencia desleal sempre e cando eses actos distorsionen gravemente as condicións de competencia no mercado e que esa grave distorsión afecte ao interese público.

A doutrina do TDC é clara respecto á interpretación e aplicación deste artigo. Entre outras, cabe citar a Resolución TDC 399/99, Propiedade Urbana de Gerona, e tamén a Resolución TDC 439/98, Ambulancias Cataluña. Na primeira das mencionadas, xa referida por este Tribunal na Resolución anterior sobre este mesmo expediente, o TDC sinala que para aplicar o artigo 7 LDC será preciso que *“nas condutas denunciadas concorran as seguintes circunstancias: a) que sexan constitutivas de competencia desleal; e b) que produzan un falseamento sensible da libre competencia, en todo ou en parte do mercado nacional, que cause unha afectación ao interese público”*.

Á vista do anterior, para a correcta aplicación do artigo 7 LDC, debe probarse primeiramente que a conduta denunciada constitúe, en efecto, un acto de competencia desleal, para o que cómpre remitirse ao disposto na normativa que regula os ilícitos desa natureza.

8.- O artigo 15 da Lei 3/1991, de Competencia Desleal, sinala textualmente:

“1.- Considérase deseal prevaleerse no mercado dunha vantaxe competitiva adquirida mediante a infracción das leis. A vantaxe debe ser significativa.

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

Referíndonos especificamente ao punto 2 deste artigo, non hai dúbida que, segundo a interpretación exhaustiva da doutrina e da xurisprudencia, por normas xurídicas reguladoras da actividade concorrencial deben entenderse aquelas que serven para deseñar a estrutura do mercado relevante, e, nomeadamente, as que regulan o acceso a unha determinada actividade, é dicir, a entrada, o mantemento e a saída das empresas que participan nese mercado específico. A este respecto pode mencionarse, entre outras, a STS de 13 de marzo de 2000, (RJ 2000, 1207) na que se indica: *“o labor hermenéutico de fixar qué normas deben entenderse incluídas neste apartado (2 do artigo 15) esixe en primeiro lugar utilizar o criterio sistemático que utiliza o apartado anterior; o apartado primeiro é de natureza extensiva, pois non atende ao contido da norma senón só a súa forma. O apartado que nos interesa é, polo contrario, intensivo pois o importante é o contido da norma – e non a súa forma-. O determinante é que teña por “obxecto” a regulación da actividade comercial. E ese “obxecto” debemos entendelo como obxecto directo e non indirecto ou reflexo (...).”*

Exprésase tamén con moita claridade a SAP Valencia nº. 551/2005, de 21 de decembro, ao sinalar que *“a Orde de 10 de marzo de 1998*

(refírese a un regulamento sobre uso de aparatos a presión para extintores de incendios) *ven a regular directamente a actividade concorrencial no mercado de ditas empresas, pois para que estas realicen a súa actividade deben contar coa conseguinte autorización administrativa (...); deste modo a referida norma establece as condicións nas que se concorre ao mercado (...) circunstancia ésta que entra de cheo no ámbito do artigo 15.2 da LCD”.*

Resulta claro, en consecuencia, que o artigo 10 do Decreto 194/2001, de 26 de xullo, ao sinalar os requisitos esixidos para o exercicio da actividade de venda ambulante, está establecendo as condicións que regulan o acceso, mantemento e saída dos posibles operadores nese mercado e por tanto, é, plenamente, unha norma reguladora da orde concorrencial, de modo que calquera violación desa norma constitúe un ilícito do artigo 15.2 LCD.

Resulta claro tamén, tendo en conta o teor do artigo 15.2, que a mera violación dunha norma xurídica reguladora da actividade concorrencial, neste caso o artigo 10 do Decreto 194/2001, basta para que sexa considerada como un ilícito da Lei de Competencia Desleal, de xeito que non é necesario probar que se derive desa norma unha vantaxe competitiva significativa.

- 9.- Aínda no suposto de considerar unha eventual aplicación do artigo 15.1 LCD, este Tribunal entende que a non posesión e por tanto a non exhibición da tarxeta expedida polo Rexistro de Comerciantes Ambulantes de Galicia e mais da autorización municipal correspondente constitúe unha infracción das leis, denominación ésta que debe interpretarse en sentido xenérico, incluíndo tamén os decretos das autoridades autonómicas, segundo sinala exhaustivamente a doutrina e a xurisprudencia.

Neste suposto, si sería necesario probar que existe vantaxe competitiva significativa derivada da infracción do Decreto 194/2001. Ora ben, este Tribunal estima que, en efecto, a non posesión da tarxeta expedida polo Rexistro de Comerciantes Ambulantes de Galicia e da autorización municipal confire unha vantaxe competitiva significativa ao infractor, dado que, como se sinalou no Fundamento 8, a inscrición no rexistro cumpre unha función de control para comprobar que efectivamente o operador solicitante está ao corrente nos pagos de impostos de actividades económicas, as contribucións municipais e a Seguridade Social. Quen exerza a actividade de venda sen cumprir con eses requisitos obviamente ten un coste menor que pode facilmente trasladar aos prezos, obtendo con iso unha vantaxe competitiva clara.

Quedaría por comprobar, nesta liña argumental, que ese menor coste se traduce efectivamente nunha vantaxe competitiva práctica mediante a aplicación do prezos menores ou calquera outra manifestación no mercado relevante.

- 10.- Polo contrario, o feito de posuír a tarxeta da Xunta de Galicia e mais a autorización municipal, pero non exhibilas constitúe, nesta perspectiva, un acto de natureza moi distinto da súa carencia. A simple non exhibición das licenzas correspondentes constitúe unha infracción do citado artigo 10 do Decreto 194/2001, en concreto do seu punto d), antes sinalado, pero non se pode considerar que outorgue vantaxe competitiva significativa ao infractor. Máis ben ao contrario, a posesión e non exhibición da tarxeta ou da autorización municipal mesmo pode restar clientela ao vendedor infractor, dada a maior seguridade que confire para os posibles compradores a identificación e comprobación de legalidade do vendedor, factor que adquire unha especial relevancia cando se trata de produtos perecedoiros.

- 11.- Constatado, por tanto, en opinión deste Tribunal, que a carencia da tarxeta expedida polo Rexistro de Comerciantes Ambulantes de Galicia e da autorización municipal constitúe un acto de competencia desleal, débese probar a continuación que, como sinala o artigo 7 LDC, ese acto distorsione gravemente as condicións de competencia no mercado e que esa grave distorsión afecte ao interese público, ou en palabras do TDC, *“que produza un falseamento sensible da libre competencia, en todo ou en parte do mercado nacional, que cause unha afectación ao interese público”*.

Este Tribunal xa se pronunciou respecto ao posible falseamento sensible da libre competencia e á afectación do interese público na súa Resolución R-3/2006, sobre este mesmo asunto, na que sinalaba que *“a conduta examinada podería 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 (efectos sobre o) interese público, fundamentalmente polos seus potenciais efectos negativos sobre o benestar dos consumidores”*.

Para poder avaliar acaídamente se, en efecto, existe falseamento da libre competencia e por tanto afectación do interese público, ligado este último á importancia ponderada da venda ambulante en Galicia pola dispersión da súa poboación e agrupamento nunha grande cantidade de pequenos núcleos, con múltiples implicacións para consumidores e usuarios, cumpriría dispor de máis información que a aportada ata agora polo expediente remitido polo SGDC. A importancia xeral do sector debe porse en perspectiva co número relativo de vendedores ambulantes que incumpran coa obriga de posuír a tarxeta expedida polo Rexistro de Comerciantes Ambulantes de Galicia e da licenza municipal nos distintos

mercados ambulantes que se identifiquen, pois non ten a mesma relevancia a efectos da competencia que o número de infractores sexa pequeno a que unha elevada porcentaxe dos vendedores presentes no mercado incumpra coa normativa e obteña vantaxes competitivas de modo desleal.

- 12.- Á vista das observacións anteriores, este Tribunal considera que se debe estimar o recurso de D. J. F. R. A. e, en consecuencia, devolver as actuacións ao Servicio Galego de Defensa da Competencia para que se incoe expediente e se determinen con exactitude os puntos que se mencionan máis adiante e cantos outros sexan precisos para unha axeitada avaliación do posible impacto da conduta denunciada sobre o falseamento da competencia e o interese público, en aplicación do disposto no artigo 7 LDC.

Sería oportuno, a este respecto, que o Servizo se dirixa aos concellos da provincia de Pontevedra que, de acordo á información dispoñible, teñan mercados de venda ambulante que sexan especialmente significativos dentro da súa actividade comercial e, en todo caso, aos de Baiona, Marín e Pontearreas, para obter os datos seguintes:

- a.- Número total de comerciantes ambulantes en cada un dos mercados examinados.
- b.- Número e identificación dos vendedores ambulantes que non posúan a tarxeta expedida polo Rexistro de Comerciantes Ambulantes de Galicia e a autorización municipal correspondente.
- c.- Número e identificación dos vendedores ambulantes que posúan a tarxeta expedida polo Rexistro de Comerciantes Ambulantes de Galicia pero non a autorización municipal para desenvolver esa actividade.

Dentro deste grupo, cumpriría determinar os vendedores que exhiben a mencionada tarxeta da Xunta e os que non a exhiben, e

d.- Número de vendedores ambulantes que teñen ambas licenzas, a tarxeta da Xunta e mais a autorización municipal, con indicación dos que exhiben ambas, algunha delas ou ningunha.

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

RESOLVEU

Primeiro.- Estimar o recurso de D. J. F. R. A. contra o Acordo do Servizo Galego de Defensa da Competencia de 16 de marzo de 2007, polo que se arquivaron as actuacións da denuncia presentada polo recorrente contra outros comerciantes ambulantes non identificados, por presuntas prácticas consistentes en actos de competencia desleal contrarios ao artigo 7 da Lei 16/1989, de Defensa da Competencia.

Segundo.- Revocar o mencionado acordo do Servizo Galego de Defensa da Competencia e, en consecuencia, remitir as actuacións a ese Servizo para que incoe e instrúa expediente en relación coa denuncia presentada polo recorrente, e se determine, co maior grado de precisión posible, a incidencia dos actos de competencia desleal denunciados nos mercados de venda ambulante dos concellos da provincia de Pontevedra onde esa actividade teña unha especial significación, e, en todo caso, nos de Baiona, Marín e Pontearreas, de modo que se poida avaliar correctamente o grao de falseamento da competencia e de afectación do interese público desas prácticas anticompetitivas, coa correspondente identificación dos posibles responsables, ata unha completa cualificación dos feitos denunciados.

Comuníquese esta Resolución ao Servizo Galego de Defensa da Competencia, e notifíquese ao interesado, informandoo de que contra ela non cabe recurso algún, sen prexuízo dos actos que procedan cando este Tribunal dite Resolución definitiva.