



IPN19/09. REALES DECRETOS ÓMNIBUS. VENTA FUERA DE ESTABLECIMIENTO COMERCIAL PERMANENTE

El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC), en su reunión de 7 de octubre de 2009 ha aprobado el presente informe, relativo al *Proyecto de Real Decreto por el que se regula el ejercicio de determinadas modalidades de venta fuera de establecimiento comercial permanente*.

Dicho informe se aprueba en ejercicio de las competencias consultivas en relación con proyectos y proposiciones de normas que afecten a la competencia, que le atribuye el artículo 25.a) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

La solicitud de informe fue remitida por la Dirección General de Política Comercial del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio y se recibió en la CNC en fecha 23 de septiembre de 2009, confiriendo a la CNC un plazo de 15 días hábiles desde su notificación, para la emisión del mismo.

I. ANTECEDENTES

La Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, pretende conseguir la consolidación de un mercado interior de servicios en la Unión Europea. La necesidad de trasponer esta norma comunitaria ha motivado que los legisladores nacionales promuevan medidas de eliminación y reducción de cargas administrativas y cambios de normas que limitan el desarrollo de los mencionados servicios, bien porque limitan la libertad de establecimiento o bien porque restringen la prestación de servicios. Estas iniciativas tienen por misión realizar las reformas necesarias dirigidas al funcionamiento efectivo del mercado interior de servicios.

En el ámbito estatal y desde un punto de vista legislativo, por un lado, se ha impulsado la promulgación de una ley horizontal, la futura Ley sobre el libre acceso de las actividades de servicios y su ejercicio (*Ley Paraguas*), donde se establecen las líneas generales por las que se regirá la regulación de las actividades de servicios, con la finalidad de inspirar la mejora global del marco regulatorio del sector. Y por otro, se ha optado por complementar la transposición de dicha Ley con la futura promulgación de la llamada *Ley Ómnibus*, que efectúa las adaptaciones sectoriales necesarias para asegurar, caso por caso, un marco normativo claro y simplificado en los principales sectores afectados por la norma europea.

Además de estas modificaciones legales, aún en fase parlamentaria, también es necesario adecuar determinadas normas de rango reglamentario del ámbito

de distintos Ministerios a la mencionada Directiva de Servicios, proceso de adaptación que debe concluir el 28 de diciembre de 2009. El Proyecto de Real Decreto objeto del presente informe (PRD) responde a dicho objetivo.

II. CONTENIDO

El RD en cuestión deroga el *Real Decreto 1073/1980, de 23 de mayo, por el que se regula el ejercicio de la venta fuera de un establecimiento comercial permanente*, y el *Real Decreto 1010/1985, de 5 de junio, por el que se regula el ejercicio de determinadas modalidades de venta fuera de un establecimiento comercial permanente*.

A la hora de adaptar la nueva regulación a la Directiva de servicios y a la futura Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, si bien con carácter general se parte del principio de que las actividades de servicios de distribución comercial no deben estar sometidas a autorización administrativa previa, se ha considerado necesario que, en lo relativo al ejercicio de la venta ambulante o no sedentaria, dicho régimen de autorización se mantenga con ciertas modificaciones. El establecimiento del régimen de autorización se justifica en la medida en que este tipo de actividad comercial requiere del uso de suelo público, debiendo ordenarse la utilización del mismo por razones imperiosas de interés general tales como el orden público, la seguridad pública y la salud pública. Así, se considera en el preámbulo del Proyecto que la ordenación y racionalización del uso de suelo público no puede dejarse al albur de la operatividad de medidas ex-post, que, de acuerdo con el PRD, no serían capaces de prevenir ni de resarcir los daños que pudieran causarse a dicho interés general.

Por otra parte, dada la escasez de suelo público disponible, el número de autorizaciones deberá ser necesariamente limitado. Por ello, el procedimiento de concesión debe ser público y transparente, de forma que, a pesar de que las autorizaciones tengan una duración limitada en el tiempo, se proporcione un resarcimiento justo de las inversiones acometidas por sus titulares.

III. OBSERVACIONES

La eliminación de restricciones a la competencia incluidas en el marco regulatorio de los servicios guarda una estrecha relación con la erradicación de las limitaciones a la libre circulación de servicios y a la libertad de establecimiento que pretenden conseguirse mediante la transposición de la Directiva. Así, un marco normativo en el que se potencien dichas libertades contribuye a que existan menos barreras a la entrada de operadores y menos limitaciones a la prestación de servicios y por tanto, contribuye a potenciar la competencia en los mercados. Es por ello que resulta conveniente aprovechar

esta oportunidad para adoptar un enfoque ambicioso que permita eliminar, en profundidad, las restricciones a la competencia que resulten injustificadas por ser innecesarias o desproporcionadas.

Tal ejercicio de identificación de las restricciones a la competencia presentes en la regulación, así como la justificación de la necesidad y proporcionalidad de dichas restricciones y, en su caso, la utilización de alternativas regulatorias menos restrictivas de la competencia, es lo que propone la CNC a las Administraciones Públicas en su *Guía para la elaboración de memorias de competencia*. Esta metodología puede resultar particularmente útil en el contexto de transposición de la Directiva de Servicios, dada la finalidad de dicha norma.

Si bien las observaciones realizadas en el presente informe versan fundamentalmente sobre las modificaciones a las normas originales planteadas en el Proyecto de Real Decreto en cuestión, adicionalmente pueden ponerse de manifiesto aspectos restrictivos de la competencia presentes en dichas normas originales, que resultan injustificadas en opinión de la CNC y que, en consecuencia, resultaría conveniente modificar o suprimir a propósito de la revisión proyectada. Evidentemente ello no agota las posibles recomendaciones que pudieran derivarse de una revisión integral de la regulación del sector que pudiera acometer la CNC en el futuro.

III.1 Observaciones generales

Desde el punto de vista de la CNC, el proyecto sometido a análisis elimina determinadas restricciones a la competencia previamente existentes, resultando en una regulación más procompetitiva.

Siguiendo el criterio establecido por la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, el presente proyecto suprime los requisitos de naturaleza económica y los criterios económicos del procedimiento de otorgamiento de las autorizaciones tal y como se regulaba en la normativa derogada.

Hasta ahora, en dicha normativa se supeditaba la concesión de la autorización a la prueba de la existencia de una necesidad económica o de una demanda en el mercado, o a que se evaluaran los efectos económicos posibles o reales de la actividad, o a que se hiciera una apreciación de si la actividad se ajustaba a los objetivos de programación económica establecidos por la autoridad competente. Así, en concreto, el Real Decreto 1010/1985, derogado por el presente PRD, determinaba en su artículo 4 que la zona de emplazamientos autorizados para la venta ambulante debía establecerse teniendo en cuenta “*el nivel de equipamiento comercial existente en la zona, la adecuación de éste a la estructura y necesidades de consumo de la población, así como la densidad de la misma.*”

Estas condiciones no sólo resultan contrarias a la Directiva de Servicios, que prohíbe este tipo de tests económicos, sino que han de considerarse restricciones a la competencia en tanto impiden o dificultan el acceso al mercado de los operadores interesados. En efecto, siempre que se den las condiciones suficientes para ello, la determinación de la oferta y la demanda, y los resultados de su confrontación, deben resolverse a través de mecanismos de mercado como consecuencia de las decisiones de los agentes económicos, y no verse influidos por la programación económica de las autoridades públicas.

En el mismo sentido, la nueva regulación también prohíbe la intervención de competidores en los órganos encargados de informar sobre la concesión o denegación de la autorización. Se eliminan así las previsiones del [Real Decreto 1010/1985](#) según las cuales las zonas de venta ambulante se establecían, “*oídas las Cámaras Oficiales de Comercio, las Asociaciones de Consumidores y Usuarios y las Asociaciones Empresariales correspondientes*” (Artículo 4), y los mercadillos se autorizarían “*previo informe de la Cámara Oficial de Comercio, de las Asociaciones de Consumidores y Usuarios y de las Asociaciones Empresariales de su demarcación*” (Artículo 8).

Por otra parte, y también de acuerdo con los criterios trazados por la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, en la nueva regulación se sustituye un control *ex ante* del cumplimiento de los requisitos para obtener la autorización, por su comprobación *ex post*.

Así, el antiguo RD 1010/1985 establecía que “*La autorización municipal para el ejercicio de la venta ambulante, que estará sometida a la comprobación previa por el ayuntamiento del cumplimiento por el peticionario de los requisitos legales*” (Artículo 5. 2). Mientras que el proyecto objeto de análisis señala en su art. 6 que a los candidatos se les obliga únicamente a realizar una declaración responsable del cumplimiento de los requisitos exigidos, sin que sea exigible su acreditación documental, lo que no obsta a que se puedan ver sometidos a las facultades de comprobación de las distintas administraciones públicas.

Además, es destacable el cambio de enfoque operado por el PRD con respecto al carácter del procedimiento autorizatorio. La anterior regulación predicaba la discrecionalidad de la autoridad pública de forma textual en su art. 5.2 al señalar que: “*Las autorizaciones tendrán carácter discrecional*”. Este extremo se ve completamente invalidado en el nuevo texto, que determina en su art. 5 que el procedimiento de selección se verá sometido a los principios de concurrencia competitiva, publicidad, claridad, sencillez, objetividad, predicibilidad, necesidad, proporcionalidad y no discriminación.

Otra cuestión de particular interés la constituye la transmisibilidad de la autorización, establecida en el artículo 3.2. En principio, la posibilidad

incondicionada de transmitir la autorización chocaría con el tratamiento que, con carácter general, se otorga a las autorizaciones para utilización del dominio público. Así, la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas (norma que, según menciona el propio PRD en su art. 4, ha de servir de referencia para el procedimiento de selección de solicitantes) determina en su art. 92.2 que *“no serán transmisibles las autorizaciones para cuyo otorgamiento deban tenerse en cuenta circunstancias personales del autorizado o cuyo número se encuentre limitado, salvo que las condiciones por las que se rigen admitan su transmisión”*.

La transmisión incondicionada de la autorización podría desvirtuar en cierta medida el procedimiento administrativo de concurrencia competitiva al que se somete el otorgamiento de estas autorizaciones, al posibilitarse la adquisición de autorizaciones por parte de interesados que no han tomado parte en dicho proceso competitivo.

Sin embargo, se considera que la opción escogida (transmisibilidad de la autorización pero sujeta al plazo original de vigencia –art.3.2-; sujeción de la cobertura de vacantes al término del plazo al principio de concurrencia competitiva –art.4.1-, y control del cumplimiento de los requisitos autorizatorios del titular al que se le ha transmitido la autorización- mediante la declaración responsable –art.6.2-) resulta suficiente para conjugar la protección de los intereses generales en juego con la posibilidad de recuperar las inversiones en caso de salida del mercado, lo cual se producirá de una manera más fácil si dicha autorización se puede transmitir junto con el resto de activos necesarios para la operación del negocio, dinamizando de este modo la entrada en el mercado.

Adicionalmente, cabe señalar que la CNC ya se pronunció en su momento acerca de la duración de las autorizaciones para ejercer la venta ambulante en el IPN 09/2009 *REFORMA DE LA LEY DEL COMERCIO MINORISTA*. En dicho informe se decía que *“se debería ajustar el ámbito temporal de la autorización al período estrictamente necesario para la amortización de las inversiones y la remuneración equitativa de los capitales invertidos, sin que quepa extender más allá de este período la autorización.”*

Esta solicitud se ha visto atendida por la redacción del texto objeto de análisis; precisamente en su art. 4.1 se establece la duración limitada de la autorización que, de acuerdo con el art. 5.3, se determinará en función de la ponderación que deberá hacer al ayuntamiento correspondiente de *“la amortización de la inversión efectuada y la remuneración equitativa de los capitales desembolsados por el prestador”*.

Finalmente, dado que esta es una materia cuya regulación no agota el PRD actual, sino que, de acuerdo con el art. 4 del mismo, corresponde a los distintos Ayuntamientos el establecer el procedimiento para el otorgamiento de la

autorización, se llama la atención acerca de la obligación para dichas Entidades Locales de regular dichos procedimientos con arreglo a las disposiciones de la futura Ley Paraguas. En particular, no deberán imponerse requisitos que sean desproporcionados o discriminatorios, como por ejemplo el favorecimiento de los actuales titulares de autorizaciones de cara a la renovación de las mismas.

En este sentido cabe recordar, además, lo establecido por el art. 7.3 del Proyecto de Ley para el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, que proscribe dicha posibilidad, al señalar que: ***“La autorización que se conceda tendrá una duración limitada y adecuada en función de las características del servicio y no dará lugar a un procedimiento de renovación automática ni conllevará, una vez extinguida la autorización, ningún tipo de ventaja para el prestador, o personas especialmente vinculadas con él.”***

III.2 Observaciones al articulado

En línea con lo anterior procede realizar las siguientes observaciones al articulado propuesto, para mejorar el impacto de dicha regulación sobre la competencia.

Artículo 3. Características de la autorización, y Artículo 4. Procedimiento de selección

En el artículo 3 del PRD se establecen algunas de las características de las autorizaciones. De la misma manera, en el artículo 4 se configuran los principios generales del procedimiento autorizatorio.

Habida cuenta de lo recién mencionado en el apartado de observaciones generales, resulta procedente establecer una mención expresa en alguno de estos artículos (complementaria a la mención que se hace del principio de concurrencia competitiva en el art.4) a la imposibilidad de renovación automática ni de privilegio al operador preestablecido, en el sentido del mencionado texto del Proyecto de Ley Paraguas. Y ello con independencia del deber de las distintas regulaciones municipales de sujeción a este precepto legal.

Así, cabría una **nueva redacción del apartado 1 del artículo 3** en el siguiente sentido:

“La autorización para el ejercicio de la venta ambulante o no sedentaria tendrá una duración limitada y no será susceptible de prórroga. [...]”

De la misma manera, cabría **incluirse un último apartado en el artículo 4**, en el siguiente sentido:

“El procedimiento no podrá contemplar ventajas para operadores ya establecidos, ni para personas especialmente vinculadas a ellos”.

Artículo 6. Los registros de comerciantes ambulantes

Este artículo confiere implícitamente la posibilidad a las Entidades Locales de crear registros de comerciantes ambulantes. Se llama la atención sobre el hecho de que la **creación de dichos registros debería estar justificada en razones de interés general que resulten suficientemente acreditadas.**

Por otra parte, de acuerdo con el apartado 2 de dicho artículo *“las autoridades competentes efectuarán la inscripción en el momento del otorgamiento de la autorización para el ejercicio de la actividad, o bien en el momento de su transmisión, partiendo de los datos contenidos en la “declaración responsable”. [...]”.* Así, se da por hecho que el adquirente por transmisión de una autorización de este tipo ha de efectuar una declaración responsable. Sin embargo, así como la declaración responsable está prevista a la hora de la presentación de solicitudes para autorizaciones (art.5), en relación con las autorizaciones transmitidas no se prevé dicha obligación de declaración responsable, ni su contenido, más allá de la referencia implícita en el mencionado artículo 6.

En consecuencia, se considera conveniente clarificar en el texto del PRD la obligación por parte los titulares por transmisión de autorización de efectuar dicha declaración responsable, o cualquier otra forma de comunicación de inicio de actividades, en igualdad de tratamiento con el régimen para nuevas autorizaciones.