Centro de Estudios de Consumo

www.uclm.es/centro/cesco

¿PUEDE CONSIDERARSE ACTIVIDAD COMERCIAL LA VENTA PRIVADA DE PRODUCTOS DE TEMPORADA?[1]

Dr. Ricardo del Estal Sastre
Centro de Estudios de Consumo
Universidad de Castilla-La Mancha

Fecha de publicación: 8 de enero de 2014

La OMIC de Illescas (Toledo) formula al Centro de Estudios de Consumo de la UCLM la siguiente consulta:

En varios municipios del ámbito territorial de la Mancomunidad existen hortelanos que tienen la costumbre de vender sus excedentes de huerta en la puerta de su domicilio, normalmente sin ocupar la vía pública, y sólo algunos productos hortofrutícolas frescos de temporada. Las dudas surgen cuando la policía de distintos municipios traslada sus consultas a la OMIC para aclarar si este tipo de venta es legal y, en su caso, en qué condiciones puede realizarse, puesto que algunos parece que sólo venden excedentes de producción y otros se surten de mercancía en lonjas para luego venderla en la puerta de su casa. Esta forma de venta, realizada como único escaparate en los portones de las casas tradicionales ¿puede encuadrarse en alguna modalidad establecida en la normativa actual? Puesto que parece evidente que no pueden sacar cajones de fruta y verdura a la vía pública (aceras de sus casas) para "publicitarse" y ser visibles a la concurrencia; en caso de que así lo hicieran, ¿sería sancionable esta conducta?; ¿el expediente sancionador es competencia municipal o debería sancionarse por los Servicios Periféricos de Consumo? Si esta forma de venta no está regulada, ¿necesita una autorización municipal de apertura con su declaración responsable? ¿Debería también el hortelano disponer de hojas de reclamaciones y del correspondiente cartel anunciador, entregar ticket y, en su caso, factura, anunciar los medios de pago no admitidos y

[1] Trabajo realizado dentro del Proyecto de Investigación DER2011-28562, del Ministerio de Economía y Competitividad ("Grupo de investigación y Centro de Investigación CESCO: mantenimiento de una estructura de investigación dedicada al Derecho de Consumo"), que dirige el Prof. Ángel Carrasco Perera.

utilizar una balanza verificada por Industria y/o empresa de verificación competente? ¿Tendría que disponer, asimismo, del correspondiente carné de manipulador de alimentos?

1. Introducción

En muchos lugares de España, los pequeños agricultores, llegada la temporada o estación correspondiente, cumplen tradicionalmente con la costumbre de vender en sus propios domicilios los productos hortofrutícolas que ellos mismos cultivan y recolectan y que exceden de las necesidades de su consumo doméstico. Quien haya tenido alguna vez la experiencia de comprar directamente en la casa del hortelano de turno estos productos de temporada, seguramente lo habrá hecho con la convicción de que el producto que quería adquirir era, en primer lugar, de mejor calidad que el que podía encontrar en el supermercado. Son elocuentes, a este respecto, las habituales afirmaciones de los vendedores relativas a propiedades sólo predicables de los productos cultivados de forma natural en sus pequeñas huertas (sabor, color, tamaño, aspecto, etc.), pues lo habitual es que el producto haya sido cultivado de un modo especial, pensando fundamentalmente en el consumo familiar. Además, la tradición suele manifestarse también en la ausencia de engaño en la venta, tanto en la calidad como en la cantidad. De hecho, el hortelano tiene por costumbre incluso, por ejemplo, regalar alguna pieza a mayor abundamiento del peso marcado por la típica balanza *romana*.

Esta actividad contractual nunca ha sido tildada de comercial, pues, por una parte, no parece predicable del vendedor el carácter de comerciante, ni tampoco resulta adecuado calificar como actividad comercial lo que en principio constituye una simple venta privada, que no incide significativamente en el mercado de distribución de productos hortofrutícolas y que, al estar basada tradicionalmente en la confianza, en la buena fe y en los usos, tampoco parece reclamar la intervención administrativa de tipo autorizatorio y de control propia del ejercicio del comercio. Y es que la calificación de esta actividad como comercial, además de tener difícil encaje en la normativa de ordenación del comercio incluso como modalidad especial de venta nos llevaría, como tendremos ocasión de comprobar, a consecuencias que pueden llegar a ser absolutamente desproporcionadas.

2. ¿Qué debemos entender por actividad comercial? ¿Lo es la venta en cuestión?

Conforme al art. 1 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista (en adelante, LOCM), en su redacción dada por Ley 1/2010, de 1 de marzo, "se entiende por comercio minorista aquella actividad desarrollada *profesionalmente con ánimo de lucro* consistente en ofertar la venta de cualquier clase de artículos a los destinatarios finales de los mismos, utilizando o no un establecimiento". A renglón seguido, dicha norma dispone en el art. 2 que "tendrán la consideración de establecimientos comerciales *los locales y las construcciones o instalaciones de carácter fijo y permanente*, destinados al ejercicio *regular* de actividades comerciales, ya sea de forma individual o en un espacio colectivo, e independientemente de que se realice de forma continuada o en días o en temporadas determinadas", quedando incluidos en dicha definición "los quioscos y, en general, las instalaciones de cualquier clase que cumplan la finalidad señalada en la misma, siempre que tengan el carácter de *inmuebles* de acuerdo con el artículo 334 del Código Civil". La Ley 2/2010, de 13 de mayo, de Comercio de Castilla-La Mancha (en adelante, LCCM) reproduce con exactitud ambos preceptos en sus artículos 3.1 y 5, respectivamente.

A la vista de las anteriores definiciones, parece claro que no puede considerarse actividad comercial la venta privada de productos hortofrutícolas de temporada que constituyan excedentes de la producción de hortelanos para su consumo doméstico, pues ni se trata de una actividad profesional habitual o regular, ni existe ánimo de lucro. Además, siempre que se trate de ventas realizadas en el propio domicilio del hortelano, el lugar de la venta quedará fuera de la consideración de establecimiento comercial, pues éste no es lugar donde se ejerza de modo regular una actividad comercial, lo mismo que si se procediese a efectuar dichas ventas en el propio lugar de producción de las frutas y hortalizas.

El domicilio privado del vendedor no constituye *mercado*, pues no es un lugar de concurrencia de oferentes y demandantes donde habitualmente se proceda al ejercicio del comercio. Ello implica, en primer término, que no se trata de una conducta sancionable como infracción a la legislación de ordenación del comercio; y además que, en caso de producirse algún tipo de incumplimiento respecto a las características de los productos objeto de dichas compraventas –que, insisto, seguirán siendo puramente privadas-, habría que acudir a los remedios generales del Derecho de contratos (impugnación por vicios de la voluntad como error o dolo, acciones por incumplimiento, acciones edilicias por vicios ocultos, etc.) para solucionar eventuales conflictos.

La duda, no obstante, puede surgir respecto de aquellos particulares que, abasteciéndose de dichos productos a través de otras fuentes de procedencia que no sean su propia explotación familiar, se dedican a revenderlos en sus domicilios privados como si lo fueran. Si bien en estos casos sí que cabría apreciar la concurrencia del ánimo de lucro -lo que aparentemente puede llevarnos a considerar que se trata de auténticos comerciantes, aunque no desempeñen su actividad de modo regular y ésta sea ocasional-, esta conducta tampoco encaja en el ámbito de aplicación de la LOCM, por la misma razón que hemos apuntado *supra: no hay mercado en un domicilio privado*, pues no es éste un lugar que esté destinado al ejercicio *regular* de actividades comerciales. Ni se trata de una actividad comercial, ni debe por tanto estar sujeta al régimen de autorizaciones y de control de la LOCM y de las normas autonómicas y municipales relativas al comercio minorista. Cualquier pretendida inspección por parte de las autoridades competentes en materia de comercio en este sentido tendría que acomodarse a las garantías constitucionales y cautelas procedimentales previstas legalmente para la entrada y registro en un domicilio privado.

Otra cuestión es si podemos calificar la conducta de este tipo de vendedores como un acto de *competencia desleal* frente al resto de establecimientos comerciales de distribución de frutas y verduras (fruterías, supermercados, etc.), que obviamente deben cumplir con *todas* las obligaciones formales establecidas para el ejercicio del comercio al por menor (administrativas –v. gr., licencias- y tributarias –p. ej., alta en el IAE-). A este respecto, de acuerdo con el art. 15.1 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (LCD), "se considera desleal prevalerse en el mercado de una ventaja competitiva adquirida mediante la infracción de las leyes", ventaja que "ha de ser significativa". Cualquier legitimado de los enumerados en el art. 33 LCD podrá ejercitar las acciones previstas en el art. 32 de dicha norma contra los actos de competencia desleal.

Pero aún cabe plantearse otra hipótesis más. Pensemos en el vendedor –en cualquiera de las dos modalidades que acaban de exponerse- que realiza la oferta de venta *de puertas para afuera*, es decir, en la vía pública (por ejemplo, en la acera adyacente a su domicilio), utilizando por tanto suelo público y haciéndose visible a la concurrencia. ¿Cambiaría eso las cosas? ¿De qué tipo sería esa modalidad comercial? En mi opinión, la única posibilidad imaginable de calificar como actividad comercial este tipo de contratos es la venta ambulante o no sedentaria, que, en cuanto modalidad especial de venta, es aquella ejercida *fuera de un establecimiento comercial permanente* (la RAE define *ambulante* como "que va de un lugar a otro sin tener asiento fijo"), es decir, distinta de los establecimientos fijos dedicados a la venta de frutas y verduras. Veamos

si es acertada esta calificación para ir respondiendo al resto de cuestiones planteadas en la consulta.

3. ¿Cuándo puede calificarse esta actividad como venta ambulante o no sedentaria?

La LOCM "considera venta ambulante o no sedentaria la realizada por comerciantes, fuera de un establecimiento comercial permanente" (art. 53). En su redacción original, la norma incluía a continuación el siguiente inciso: *"de forma habitual, ocasional, periódica o continuada, en los perímetros o lugares debidamente autorizados en instalaciones comerciales desmontables o transportables, incluyendo los camiones-tienda. En todo caso, la venta no sedentaria únicamente podrá llevarse a cabo en mercados fijos, periódicos u ocasionales así como en lugares instalados en la vía pública para productos de naturaleza estacional"*. Esta parte fue declarada inconstitucional y, por tanto, nula, por la STC 124/2003, de 19 de junio, por entender que, lejos de establecer una regla de contratación entre particulares, no se encontraba incluida en el ámbito competencial reservado al Estado, dada su finalidad de regular aspectos netamente jurídico-públicos que exceden de los artículos 149.1.6ª y 8ª CE, preceptos que determinan la competencia exclusiva del estado para legislar en materia civil y mercantil.

A pesar de ello, el legislador estatal aprobó el Real Decreto199/2010, de 26 de febrero, que regula el ejercicio de venta ambulante o no sedentaria, y que la define en su art. 1 como "aquella realizada por comerciantes fuera de un establecimiento comercial permanente *cualquiera que sea su periodicidad y el lugar donde se celebre*", y que "se *podrá* realizar en alguna de las siguientes modalidades: a) Venta en mercadillos; b) Venta en mercados ocasionales o periódicos; c) Venta en la vía pública; d) Venta ambulante en camiones-tienda". El art. 52 de la LCCM es un calco fiel de este precepto. Lo importante para la calificación de la actividad comercial itinerante o no sedentaria como venta ambulante no es la subsunción en uno de los cuatro supuestos señalados -que no agota todas las posibilidades, a modo de *numerus clausus* o lista cerrada o exhaustiva-, sino la *ausencia de un establecimiento comercial permanente*, lo que, fuera de los supuestos de ventas realizadas en el propio domicilio ya examinados, y respecto de los cuales hemos excluido toda posibilidad de calificación como actividad comercial, nos lleva a la *utilización de la vía pública* como lugar de ejercicio del comercio. Este es el criterio realmente relevante.

En el marco de 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, se impone a los Estados miembros la obligación de eliminar todas las trabas jurídicas y barreras administrativas injustificadas a la libertad de establecimiento y de prestación de servicios contempladas en los artículos 49 y 56 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE). Ello se tradujo en la modificación de la LOCM estatal mediante la Ley 1/2010, de 1 de marzo, que da nueva redacción a algunos de sus preceptos, con la finalidad de adecuar su contenido a las exigencias de supresión de trámites innecesarios y de simplificación de procedimientos administrativos en el otorgamiento de las autorizaciones pertinentes en materia de comercio. En este contexto, si bien con carácter general las actividades de servicios de distribución comercial no deben estar sometidas a autorización administrativa previa, en lo relativo al ejercicio de la venta ambulante o no sedentaria se ha considerado necesario su mantenimiento, así como la introducción de ciertas modificaciones legislativas, en la medida en que este tipo de actividad comercial requiere del uso de suelo público, lo que debe conciliarse con razones imperiosas de interés general como el orden público, la seguridad y la salud pública, siempre que el objetivo perseguido no pueda ser logrado mediante una medida menos restrictiva. Paralelamente, se procedió a la aprobación, por los mismos motivos, de la nueva LCCM en el ámbito de Castilla-La Mancha.

Por esta razón *se mantiene el régimen de autorizaciones administrativas para la actividad comercial de venta ambulante o no sedentaria*, y corresponde a los Ayuntamientos otorgar las autorizaciones (licencias) para el ejercicio de la misma en sus respectivos términos municipales (artículos 54 LOCM y 52.3 LCCM), de acuerdo con sus normas específicas (ordenanzas municipales) y la restante legislación aplicable, en el marco de sus competencias. Esto es, *como regla*, toda actividad de venta al público realizada en la vía pública necesita de autorización administrativa municipal; de lo contrario constituye una actividad comercial carente de la necesaria autorización y, por tanto, una conducta sancionable.

4. Los requisitos de la venta ambulante o no sedentaria

Los ayuntamientos en cuyo espacio público se autorice el ejercicio del comercio ambulante deberán contar, de conformidad con el art. 54 LCCM, con una *ordenanza reguladora* de la actividad que desarrolle los preceptos recogidos en la misma (en el caso planteado, para el municipio de Illescas se trata de la Ordenanza reguladora de las modalidades de venta fuera de establecimiento permanente, publicadas en el B.O.P. nº 32, de 9 de febrero de 2007). Las ordenanzas municipales habrán de contemplar, en

todo caso y en lo que ahora interesa, aspectos como las modalidades de comercio ambulante que se puedan realizar en los espacios públicos de su municipio; la duración de la autorización (que no será automáticamente renovable); los lugares donde se puede realizar la actividad (téngase en cuenta que no podrá autorizarse la venta ambulante en instalaciones fijas no desmontables, ni en calles peatonales comerciales, ni en aquellos lugares en que cause perjuicio al comercio establecido, y en particular, no podrá autorizarse en el acceso a los establecimientos comerciales, junto a sus escaparates, o en accesos a edificios públicos); y las fechas y horarios autorizados. Además, para el ejercicio de esta actividad comercial, el art. 55 LOCM exige a las personas físicas o jurídicas titulares de la autorización municipal el cumplimiento de los siguientes requisitos:

> a) Cumplir con las condiciones exigidas en la normativa reguladora de los productos objeto de comercio, *en especial de aquéllos destinados a alimentación*.
> b) Tener expuesto al público, en lugar visible, la placa identificativa y los precios de venta de las mercancías.
> c) Tener a disposición de la autoridad competente las facturas y comprobantes de compra de los productos objeto de comercio.
> d) Tener a disposición de las personas consumidoras y usuarias las hojas de quejas y reclamaciones, de acuerdo con el modelo establecido en la normativa aplicable.

Por otra parte, el art. 55 LOCM establece un requisito más, perfectamente comprensible en esta actividad comercial: "quienes ejerzan el comercio ambulante deberán tener expuesto en forma fácilmente visible para el público sus datos personales y el documento en el que conste la correspondiente autorización municipal, así como una dirección para la recepción de las posibles reclamaciones". Con esta exigencia, no sólo se proporciona a la inspección municipal un fácil mecanismo para comprobar que el vendedor está formalmente autorizado, sino que, además, se proporciona a los consumidores compradores el conocimiento de la identidad y la dirección del vendedor donde dirigir sus eventuales reclamaciones.

Por último, de acuerdo con el art. 53.4 LCCM, en el procedimiento para la autorización del ejercicio del comercio ambulante los ayuntamientos deberán verificar, entre otros requisitos, que las personas físicas o jurídicas que hayan solicitado la autorización municipal están dadas de alta en el correspondiente epígrafe del Impuesto de Actividades Económicas y en el régimen de la Seguridad Social que corresponda.

Además, en el caso de que los objetos de venta consistan en *productos para la alimentación humana*, la LCCM requiere al solicitante estar en posesión del certificado correspondiente acreditativo de la formación como manipulador de alimentos, exigencia que también se contiene en el art. 55.2 de la misma Ley: "No se podrán vender alimentos por quien carezca del carné de manipulador de alimentos". Este concreto requisito ha desaparecido, y la norma ha quedado por tanto vacía de contenido, tras la aprobación del Real Decreto 109/2010, de 5 de febrero, por el que se modifican diversos reales decretos en materia sanitaria para su adaptación a la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio y a la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio. En concreto, la disposición derogatoria única de dicho RD deroga expresamente el Real Decreto 202/2000, de 11 de febrero, por el que se establecen las normas relativas a los manipuladores de alimentos, de modo que han de entenderse suprimidos dos de los elementos esenciales del mismo que entraban en conflicto con la Directiva de Servicios de 2006 mencionada más arriba: la autorización administrativa previa por parte de las autoridades competentes (en general, las Comunidades Autónomas) de las entidades formadoras de manipuladores de alimentos y los programas a impartir por dichas entidades. Así, para garantizar los fines perseguidos por dichas autorizaciones, a la vista de lo establecido en el Reglamento (CE) 852/2004, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativo a la higiene de los productos alimenticios, que, en su anexo II, capítulo XII, incluye entre las obligaciones de los operadores de empresas alimentarias la de garantizar "la supervisión y la instrucción o formación de los manipuladores de productos alimenticios en cuestiones de higiene alimentaria", *se traslada la responsabilidad en materia de formación desde las administraciones competentes a los operadores de empresas alimentarias*, que habrán de acreditar, en las visitas de control oficial, que los manipuladores de las empresas han sido debidamente formados en las labores encomendadas.

5. ¿Quién tiene la competencia sancionadora en materia de venta ambulante o no sedentaria?

Si bien la competencia sancionadora en materia de comercio corresponde a la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, los ayuntamientos que autoricen la venta ambulante o no sedentaria dentro de su propio término municipal deberán vigilar y, en su caso, sancionar el cumplimiento de la LCCM y el resto de la normativa que resulte de aplicación.

No obstante, *en ausencia de ordenanza o normativa local propia*, la competencia sancionadora sobre venta ambulante será ejercida por los órganos competentes de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha. Así lo establece el art. 57.2 LCCM.

6. Conclusiones.

- La venta privada de productos hortofrutícolas de temporada que constituyan excedentes de la producción de hortelanos para su consumo doméstico no puede considerarse actividad comercial, pues ni se trata de una actividad profesional habitual o regular, ni existe ánimo de lucro. No necesita, por tanto, ni autorización administrativa ni constituye conducta sancionable alguna como infracción de comercio.

- Tampoco es actividad comercial, por la misma razón, la de aquellos particulares que se surten de dichos productos a través de otras fuentes de procedencia que no sean su propia explotación familiar y que se dedican a revenderlos en sus domicilios privados bajo la apariencia de propios, sin perjuicio de su posible consideración como acto de competencia desleal, por aprovechar la ventaja competitiva que les reporta la infracción de leyes que propicia su simulación.

- Si las ventas son realizadas utilizando la vía pública y con la ausencia de un establecimiento comercial de carácter permanente, requieren de la correspondiente autorización municipal, única subsistente para el ejercicio del comercio tras la liberalización fruto de la adaptación al Derecho Comunitario sobre libre prestación de servicios en el mercado interior.

- Los requisitos y condiciones para el ejercicio de la venta ambulante no regulados en la normativa estatal y autonómica tendrán que detallarse en las correspondientes ordenanzas municipales. Toda actividad comercial no autorizada en sus términos será constitutiva de infracción sancionable, cuya competencia será municipal en aquellos ayuntamientos que dispongan de ordenanza reguladora, y autonómica donde ésta no exista.

- La obligación de contar con el carné de manipulador de alimentos para proceder a la venta ambulante de estos productos ya no es exigible tras la derogación de la norma reglamentaria que le era de aplicación, que traslada dicha responsabilidad a las empresas en el marco de la formación que deben ofrecer a sus empleados.