



Universidad de Zaragoza

Trabajo de Fin de Grado

Grado en Derecho

Los conceptos de establecimiento mercantil y de venta ambulante en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea: principales implicaciones de la Sentencia C-485/17, de 7 de agosto de 2018

*Concept of business premises and ambulant sale in European case law: main
implications of Judgment of European Court of Justice in case C-485/17, of August 7th,
2018.*

Presentado por:

Javier Andreu Zorraquino

Dirigido por:

Luis Alberto Marco Arcalá

RESUMEN:

En el presente Trabajo de Fin de Grado estudiaré desde una óptica analítica, la construcción conceptual que el legislador europeo tiene del «establecimiento mercantil» y de la «venta ambulante», poniéndola en relación con la delimitación que el legislador español hace de estos términos. A través de la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Octava) de la Unión Europea de 7 de agosto de 2018, en el asunto C-485/17, que resuelve una cuestión prejudicial planteada por el Bundesgerichtshof sobre la interpretación del artículo 2.9 de la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2011 sobre los derechos de los consumidores, entenderemos de una forma más completa esa conceptualización del «establecimiento mercantil» a través de la concepción que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea tiene sobre un *stand* de feria comercial explotado por un comerciante durante unos días al año. Este estudio nos ayudará a comprender el alcance de la protección prestada a un consumidor en el ámbito de una compraventa realizada dentro o fuera de un «establecimiento mercantil».

PALABRAS CLAVE:

Establecimiento mercantil.

Venta ambulante.

Protección de los consumidores.

Stand de feria.

Decisión prejudicial.

Derecho de desistimiento.

Primacía del Derecho Comunitario.

ABSTRACT:

The aim of this paper consists of studying, from an analytical point of view, the conceptual construction that European lawgiver has of "business premises" and of "ambulant sale", relating it to determination that the Spanish lawgiver makes of these terms. Through the Judgment of the Court of Justice (Eighth chamber) of August 7th 2018, in Case C-485/17, which resolves a preliminary ruling raised by German Supreme Court on the interpretation of Article 2.9 of Directive 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council of October 25th 2011 on consumer rights, we can understand the real reach and significance of this definition of "business premises" according to the approach that European Court of Justice has of a trade fair stand operated by a trader for a few days a year. This study will also help to clarify the scope of the consumer protection in the background of a contract concluded on a "business premises" or in a "business off-premises".

KEY WORDS:

Business premises.

Ambulant sale.

Consumer protection.

Trade fair stand.

Preliminary ruling decision.

Right of withdrawal.

Primacy of European Law.

INDICE

I.	Introducción.....	7
II.	El establecimiento mercantil.....	8
	1. Aspectos generales.	9
	2. Naturaleza jurídica.....	11
	3. Fuentes normativas nacionales.....	12
III.	La venta ambulante.....	14
	1. Aspectos generales.....	14
	2. Fuentes normativas nacionales.....	16
	3. Otras cuestiones: La libre prestación de servicios en la ordenación de la venta ambulante.....	20
IV.	Análisis de la Sentencia C-485/17, de 7 de agosto de 2018 y principales implicaciones.....	21
	1. Contexto fáctico de la sentencia. Litigio principal.....	22
	2. El Considerando 22 y el artículo 2.9 de la Directiva 2011/83, el establecimiento mercantil en el derecho de la Unión.....	23
	3. Implicación en la sentencia de los contratos celebrados fuera del establecimiento mercantil.....	25
	3.1 Conceptualización de los contratos celebrados fuera del establecimiento mercantil.....	25
	3.2 El consumidor desprevenido.....	26
	4. El derecho a la información y el derecho de desistimiento en los contratos celebrados fuera del establecimiento mercantil. Mecanismos de protección del consumidor.....	27
	5. Consideraciones del Tribunal Alemán.....	28
	6. Cuestiones prejudiciales planteadas ante el TJUE.....	29
	7. El «stand» de feria y su consideración como establecimiento mercantil.....	30
	7.1 Fuentes normativas.....	31
	7.2 La actividad ejercida «de forma habitual».....	31

7.3 La apariencia del <i>stand</i> . El consumidor medio.....	33
8. La aplicación uniforme de la Directiva en los Estados Miembros y el alcance. Primacía del Derecho Comunitario.....	35
8.1 La interpretación autónoma y uniforme.....	35
8.2 Primacía del Derecho Comunitario.....	37
9. Razonamiento y decisión del Tribunal de Justicia de la UE.....	38
V. Conclusiones.....	39
VI. Bibliografía y referencias documentales	43

ABREVIATURAS

Art. Artículo.

CE. Constitución Española.

CCAA. Comunidad Autónoma.

DDCONS. Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011 sobre los derechos de los consumidores.

EM. Establecimiento mercantil.

LOCM. Ley de Ordenación de comercio minorista de 1996.

RD. Real Decreto.

STC Sentencia del Tribunal Constitucional.

TC. Tribunal Constitucional.

TJUE. Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

TRLGDCU. Ley General para la Defensa de los consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.

UE. Unión Europea.

I. Introducción

La cuestión tratada en el presente trabajo va a ser la delimitación del establecimiento mercantil y la venta ambulante en el ámbito de la Unión Europea. El porqué de la elección de este tema, deriva de mi creciente interés por el comercio, en especial por el comercio internacional, y por el interés que la compraventa de bienes y servicios me suscita.

Y para establecer cualquier relación comercial, es fundamental entender en qué consiste el establecimiento mercantil. Un concepto poliédrico que aunque *a priori* pueda parecer algo insustancial, a lo largo del proceso de investigación y desarrollo del trabajo, nos podremos dar cuenta de la cantidad de elementos y circunstancias que son necesarias para conformar este concepto de establecimiento mercantil y en consonancia, el concepto de venta ambulante.

Además, se trata de una materia lo suficientemente amplia y compleja como para justificar un examen detenido de la misma. Quizás esto se deba a que la legislación nacional e internacional existente es bastante limitada y reducida en este aspecto, y por ello en ocasiones es difícil interpretar el sentido de las disposiciones que definen al establecimiento mercantil. Sin embargo, con el análisis de la Sentencia C-485/17, de 7 de agosto de 2018 del TJUE y con el apoyo de la jurisprudencia europea de los últimos años, esa compleja delimitación de la que hablamos será desarrollada a lo largo de esta memoria.

La construcción de este trabajo, parte de una metodología de acompañamiento a la Sentencia en cuestión. Un proceso de investigación y estudio de la propia sentencia y una actividad de averiguación punto por punto de la misma, con el apoyo de otras sentencias y disposiciones normativas –principalmente europeas-, y con el apoyo y la corrección de mi director en los aspectos erróneos del desarrollo del presente trabajo.

Tal y como se podrá apreciar en adelante, el hilo conductor de esta memoria, será el análisis concienzudo de las opiniones del TJUE inscritas en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Octava) de 7 de agosto de 2018, en el asunto C-

485/17¹, además del estudio detenido de la legislación europea en la materia, que arroja más información sobre la materia de lo que *a priori* pueda parecer. Todo ello, expuesto de forma cronológica y ordenada en paralelo a la ya mencionada sentencia.

II. El establecimiento mercantil

Comúnmente, tendemos a entender como establecimiento mercantil (EM) a ese almacén o tienda física generalmente abiertos de cara al público en los que existen dos elementos fundamentales: El empresario que distribuye o vende al por menor y el consumidor que receptiona toda esa actividad comercial.

Siguiendo con este entendimiento general, destaca la figura del local, ya que *a priori* no cabe la posibilidad de disociar la figura del establecimiento mercantil de la del local comercial, que hace las veces de almacén y puesto de venta. Sin local, no existe establecimiento mercantil. Siendo este pensamiento el seguido también por la Legislación española y en especial por la Ley de Ordenación de Comercio Minorista², aprobada hace más de veinte años y que destaca como texto fundamental en la conceptualización del EM, la figura del local o de la instalación inmueble.

Tal y como menciona la mejor doctrina³, de la locución EM nacen dos ideas nacidas de la experiencia. En primer lugar la idea del comerciante ambulante -que será tratada más adelante-, que se hace estable. En segundo lugar la idea del trabajador o dependiente del comercio, que se independiza del comerciante y se «establece», iniciando la actividad mercantil por cuenta y en nombre propio.

¹ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Octava) de 7 de agosto de 2018, Verbraucherzentrale Berlin eV contra Unimatic Vertriebs GmbH, Petición de decisión prejudicial planteada por el Bundesgerichtshof en el Asunto C-485/17. ECLI:EU:C:2018:642. <https://curia.europa.eu/>.

² Ley 7/1996 de 15 de enero de Ordenación del comercio Minorista. Con entrada en vigor el 06/02/1996. Publicado en «BOE» núm. 15, de 17/01/1996. Referencia BOE-A-1996-1072. LOCM.

³ ROJO, A., *Lecciones de derecho mercantil*, Volumen I, 16ª, Civitas, Thomson Reuters, Pamplona, 2018, p.81

1. Aspectos generales

Apartándonos de este sentido vulgar o coloquial, el EM se puede definir como un conjunto de bienes y derechos organizados, a través de los cuales el empresario o comerciante, ejerce su actividad empresarial. Ese conjunto de bienes o elementos pueden ser materiales y personales, siempre organizados por el empresario individual o por la sociedad mercantil, y con un fin económico-material, es decir la actividad empresarial.

El texto refundido de la Ley de Estatuto de los Trabajadores⁴ lo define como un «conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesoria». Por lo tanto, la sociedad o el empresario individual, no podrán desarrollar su actividad empresarial sin el sustento material de ese conjunto de bienes y servicios.

La doctrina determina otra acepción del término «establecimiento mercantil», y lo equipara a la empresa⁵ en sentido objetivo, refiriéndose así a todo el conjunto de bienes y derechos organizados por el empresario para el ejercicio de su actividad empresarial. De este modo, el concepto de EM va mucho más allá del mero local de negocio como centro físico donde el empresario desarrolla su actividad.

Cabe distinguir entonces, entre ese sentido coloquial y el sentido jurídico⁶ del término establecimiento. De esta distinción emanan varias diferencias significativas:

- En primer lugar, jurídicamente hablando no se puede afirmar que el EM sea únicamente un establecimiento comercial (como se entiende coloquialmente), sino que también es o puede ser un establecimiento industrial y un establecimiento de servicios.

⁴ Texto refundido de la Ley de Estatuto de los Trabajadores aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre. Publicado en «BOE» num.. 255, de 24/10/2015. Con entrada en vigor el 13/11/2015 y con referencia BOE-A-2015-11430

⁵ Véase BELTRAN SANCHEZ E., «Comentario al artículo 2» en Comentarios a la Ley de Ordenación del Comercio Minorista y a la Ley Orgánica complementaria, (AA.VV; Dtors., PIÑAR MAÑAS, J.L., BELTRAN SANCHEZ, E.),Ed. Civitas San Pablo CEU, Madrid, 1997, p.32.

⁶ ROJO, A., *Lecciones de derecho mercantil*, Volumen I, 16ª, Civitas, Thomson Reuters, Pamplona, 2018, p.82

- En segundo lugar, podemos distinguir esa doble postura en el hecho de que en el sentido vulgar, el establecimiento es un conjunto de bienes, y en el sentido jurídico, al lado de los elementos materiales se integran en el establecimiento una serie de elementos personales como los servicios prestados por los empleados del establecimiento.
- Y en tercer lugar, aunque se sobreentienda comúnmente que es condición «*sine qua non*» la existencia de local abierto al público para poder hablar de establecimiento, la concepción jurídica de establecimiento no requiere que en ese conjunto organizado aparezca un local y mucho menos que halle abierto al público.

Atendiendo al carácter jurídico de la definición de establecimiento mercantil, se puede manifestar que aunque no exista local o instalación fija, puede existir establecimiento. Como es el caso de la venta ambulante o no sedentaria, realizada en puestos desmontables o transportables o en camiones-tienda y que será detallada más adelante.

En definitiva, se puede concluir en que el EM no es solo una amalgama de elementos personales y materiales sino que nos encontramos ante una organización de elementos efectuada por el empresario para la creación, producción y distribución de bienes y servicios. Siendo estos elementos, sustituibles y moldeables, en una organización de elementos dinámica y movable en la que el empresario ejerce sus funciones organizativas a lo largo de toda la vida de ese conjunto de elementos materiales y personales.

Una vez más es la mejor doctrina⁷ la que expone de una manera más que acertada los tipos de elementos que conforman el establecimiento mercantil:

En primer término, advierten que a nivel general podría decirse que el EM está integrado por los bienes y derechos afectos a la actividad empresarial, las relaciones jurídicas y de hecho establecidas por el empresario y el fondo de comercio resultante de la organización de los elementos anteriores. Puede tratarse de bienes muebles o

⁷ GALLEGO SANCHEZ, E./ FERNANDEZ PEREZ, N., *Derecho mercantil parte primera*, 5ª, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p.148.

inmuebles, de bienes inmateriales como patentes y marcas, derechos reales o de crédito o incluso relaciones jurídicas. A todo este conglomerado, lo denominan elementos objetivo-patrimoniales.

En segundo lugar, subrayan la existencia de un conjunto de valores inmateriales, los cuales son:

- La organización como tal, que incluye los elementos objetivo-patrimoniales integrantes del establecimiento.
- Las relaciones de hecho, que el establecimiento a través de la actividad genera con los proveedores y con los clientes.
- El fondo de comercio, ese conjunto de heterogéneos valores inmateriales que constituyen lo más característico del establecimiento, dotándole de un valor adicional al que alcanzarían aisladamente cada uno de los diferentes elementos que lo integran. Este hecho se materializa en el «sobreprecio» que el adquirente paga por encima del atribuido a los elementos objetivo-patrimoniales.

Estos componentes no constituyen elementos autónomos añadidos a los patrimoniales. Estamos ante propiedades del establecimiento como unidad, puesto que se basan en su misma configuración estructural, como se reconoce cuando se menciona lo siguiente: «La prueba más determinante de la falta de autonomía de estos elementos es su nulo valor económico cuando se desgajan del conjunto»⁸.

2. Naturaleza jurídica

La naturaleza del establecimiento mercantil es objeto de debate por parte de la doctrina. Diferentes posturas han sido tomadas a lo largo de los años en cuanto a la naturaleza jurídica del establecimiento mercantil. En primer lugar, las teorías unitarias⁹ que consideran el EM como un bien único y diferenciado de los elementos materiales y personales, entendiéndose este como un bien inmaterial. Así el empresario, ostentando la titularidad de la organización empresarial, posee un derecho de propiedad sobre ese

⁸ GALLEGO SANCHEZ, E./ FERNANDEZ PEREZ, N., *Derecho mercantil parte primera*, 5ª, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p.148.

⁹ ROJO, A., *Lecciones de derecho mercantil*, Volumen I, 16ª, Civitas, Thomson Reuters, Pamplona, 2018, p.83

bien unitario, coexistiendo con el resto de elementos del EM poseídos por el mismo. El sector doctrinal mayoritario defiende esta teoría, sin embargo, en contraposición a las teorías unitarias, destacan las teorías atomistas¹⁰ que explican EM como un conjunto de bienes funcionalmente organizados por el empresario. El cual posee titularidad jurídica sobre cada uno de estos bienes, tales como los derechos de propiedad, derechos reales limitados y derechos personales de uso. Además del conjunto de relaciones jurídicas concebidas para el ejercicio de la actividad empresarial.

En el caso de España, de nuestro ordenamiento jurídico no se desprende una concepción unitaria del EM, es decir, no se concibe que el EM constituya un elemento distinto de los elementos de que se compone. Se habla de unidad productiva, económica o patrimonial en nuestra legislación para englobar a ese conjunto de elementos organizados. Pero esa unidad, por sí misma, no constituye un bien autónomo para el legislador español.

3. Fuentes normativas nacionales

La ley española no define el establecimiento de modo unívoco y existen diversos preceptos que definen en mayor o menor medida el término en cuestión.

En el ámbito nacional, es la LOCM¹¹, en su artículo 2 —modificado por la disposición final 2.1 de la Ley 3/2014, de 27 de marzo¹²—, la que nos habla del establecimiento comercial y lo divide en dos formas de entender el mismo: En primer lugar, lo define como toda instalación inmueble o de venta al por menor en la que el empresario ejerce su actividad de forma permanente, haciendo especial énfasis en el carácter fijo y estable de esa instalación. En segundo lugar también considera como EM o establecimiento comercial a toda instalación móvil de venta al por menor en la que el empresario ejerce su actividad de forma habitual, como la venta ambulante, que será tratada posteriormente.

¹⁰ ROJO, A., *Lecciones de derecho mercantil*, Volumen I, 16ª, Civitas, Thomson Reuters, Pamplona, 2018, p.83

¹¹ Ley 7/1996 de 15 de enero de Ordenación del comercio Minorista. Con entrada en vigor el 06/02/1996. Publicado en «BOE» núm. 15, de 17/01/1996. Referencia BOE-A-1996-1072.

¹² Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre.

Sin embargo, en la redacción original de 1996 de este artículo 2, no se contemplaba la idea de un establecimiento comercial o mercantil compuesto por una instalación de carácter móvil. Diferentes autores¹³, destacaron la inequívoca y manifiesta necesidad de que el establecimiento comercial estuviera compuesto por una instalación inmueble. Esta condición de bien inmueble ya se vislumbraba en este artículo, el cual subrayaba la estabilidad y permanencia de los bienes inmuebles, para poder hablar de establecimiento comercial. En cualquier caso, atendiendo a lo mencionado anteriormente y tras la reforma de este artículo, queda claro que el concepto de establecimiento mercantil que el legislador actual nos ofrece, concibe que pueda existir una instalación de carácter móvil en el cual se ejerza la actividad comercial de forma habitual para poder hablar de establecimiento mercantil o comercial.

Del mismo modo, en el artículo 59bis.1.d) del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios¹⁴ se define el EM como «toda instalación inmueble de venta al por menor en la que el empresario ejerce su actividad de forma permanente, o toda instalación móvil de venta al por menor en la que el empresario ejerce su actividad de forma habitual».

Nos encontramos ante una mera transposición de la DDCONS¹⁵ que será comentada más adelante y en torno a la cual girará el discurso de esta memoria.

¹³Véase CERDÁ ALBERO, F., «Comentario al artículo 2» en «Régimen jurídico general del comercio minorista, Comentarios a la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, y la Ley Orgánica 2/1996 de 15 de enero, complementaria a la de Ordenación de Comercio Minorista», (AA.VV; Dtors., RODRIGUEZ ARTIGAS, F./ GARCÍA VILLAVARDE, R.) McGraw-Hill, Madrid, 1999, p.40

¹⁴ Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, art. 59 bis. TRLGDCU.

¹⁵ Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011 sobre los derechos de los consumidores, DDCONS.

III. La venta ambulante

Si le preguntamos a un ciudadano español sobre su concepción de la venta ambulante, es probable que tenga una asociación negativa de la misma. Seguramente tenga algo que ver con la presencia de esta modalidad de venta, en la literatura clásica española y en la novela picaresca en particular, que se encuentra plagada de «buhoneros y otros tipos de viajeros comerciales que generalmente se presentan como gente de mal vivir y reputación sospechosa»¹⁶. Sin embargo, la venta ambulante es una práctica histórica que nace cuando aparece la necesidad de complementar el sistema de distribución comercial o de promover la competencia. Principalmente en lugares en los que existe poco comercio. En ocasiones, se relaciona esta modalidad de venta con las ferias y los mercados medievales

Tal y como mencionan José Costa y Gregorio Canales¹⁷, la venta ambulante ha cumplido tradicionalmente la misión de subsanar las insuficiencias de los canales de distribución y de suplir las carencias de unos equipamientos comerciales embrionarios.

A veces, este tipo de venta está asociada erróneamente a colectivos marginales que no pueden o no quieren vender sus productos por las vías o conductos ordinarios. En el sentido vulgar, incluso se suele pensar que quien se dedica a la venta ambulante no paga tasas ni impuestos. J.Costa y G.Canales destacan el cambio de dirección de la venta ambulante, pues, en detrimento de la «trajinería tradicional y el deambular itinerante por largos derroteros», la modalidad de venta ambulante ha evolucionado hacia un modelo de venta más estática y que hace escala periódica en determinadas poblaciones, estacionándose regularmente en recintos acotados para tal actividad.

1. Aspectos generales

Como se ha mencionado anteriormente, la concepción general del establecimiento mercantil no requiere que exista un local y que además se encuentre abierto al público.

¹⁶ SAINZ H., *Venta ambulante en España, Oportunidades y amenazas Distribución y Consumo*, ISSN 1132-0176, N° 29, 1996, págs. 66-75, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2919661>. p. 66.

¹⁷ COSTA MAS, J./ CANALES MARTINEZ, G., «*La venta ambulante y sus mercados (El caso de la provincia de Alicante)*» Investigaciones geográficas, ISSN 0213-4691, ISSN-e 1989-9890, N° 1, 1983, p. 87-116, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=111491>. p. 87.

Se puede afirmar que existe establecimiento aunque no exista local o instalación de carácter no movable. Éste, es el caso de la venta ambulante, realizada en puestos desmontables o transportables o en camiones-tienda.

Se pueden distinguir dos modalidades¹⁸ de venta ambulante, que a veces coinciden en un mismo comerciante: la «itinerante en puridad» de ubicación espacial variable y no sujeta a periodicidad temporal, y por otro lado, la «conurrencia a mercadillos y ferias comerciales» cuya localización y periodicidad adoptan un carácter habitual.

Se ha venido a sostener desde algunos sectores¹⁹ que desde la perspectiva de la protección de los consumidores, las especiales características de la venta ambulante plantean diversos problemas: El comerciante es difícilmente identificable o localizable de cara a una reclamación. Además es difícil en ocasiones determinar el origen de los productos vendidos que a veces pueden causar efectos nocivos para la salud. Aparece también el problema de la competencia ilegal o desleal. Y todos estos problemas se agravan, cuando el comercio ambulante se realiza por vendedores furtivos que no cuentan con las licencias o autorizaciones pertinentes.

Y es que no le falta razón al subrayar la problemática de la protección del consumidor. Tal problemática será solventada por los mecanismos de protección que el legislador europeo presta al consumidor y que veremos en adelante.

Nada más lejos de la realidad, la venta ambulante está regulada jurídicamente y se fundamenta en varias disposiciones normativas a nivel nacional, y aunque en el derecho de la UE no se trate este concepto de forma individualizada sino que su conceptualización forma parte inseparable del «establecimiento mercantil», el legislador español establece una definición de la venta ambulante de forma separada, de cara a un mejor entendimiento del término.

¹⁸ Véase COSTA MAS, J./ CANALES MARTINEZ, G., «*La venta ambulante...*», cit.,p.87

¹⁹ ROJAS, J.I., Venta ambulante y protección de los consumidores, Comercio no sedentario/venta ambulante en mercadillos. Distribución y consumo, ISSN 1132-0176, . Nº 9, 1993, págs. 86-88 <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2919466>.

En definitiva, tal y como se ha mencionado en el epígrafe anterior, la venta ambulante forma parte de la esfera del establecimiento mercantil, partiendo de esa base de movilidad y habitualidad que la caracteriza.

2. Fuentes normativas nacionales

En primer lugar, el principal texto legal alrededor del cual gira la conceptualización de la venta ambulante es la LOCM, que en este caso es clara y define individualmente en su art. 53, el concepto de venta ambulante o no sedentaria de la siguiente manera:

«Se considera venta ambulante o no sedentaria la realizada por comerciantes, fuera de un establecimiento comercial permanente».

El legislador continúa la definición añadiendo el siguiente inciso *-declarado inconstitucional y nulo por el Tribunal Constitucional-*: que la actividad debe desempeñarse «de forma habitual, ocasional, periódica o continuada, en los perímetros o lugares debidamente autorizados en instalaciones comerciales desmontables o transportables, incluyendo los camiones-tienda». Y por último destaca que «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»

En este caso, fue declarada la inconstitucionalidad y nulidad del apartado mencionado anteriormente por Sentencia del TC 124/2003, de 19 de junio²⁰, mediante el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la Comunidad Foral de Navarra, que impugnó este artículo 53 de la LOCM, por considerar que excedía de los títulos competenciales reservados al Estado, invadiendo competencias atribuidas estatutariamente a la Comunidad Foral en este caso.

Y es que, este artículo sobre el que orbita la explicación, establece el concepto de venta ambulante o no sedentaria, limitando su realización únicamente a mercados fijos,

²⁰ Sentencia 124/2003, de 19 de junio de 2003. Recursos de inconstitucionalidad 1254/96 y 1255/96 (acumulados). Promovidos por la Comunidad Foral de Navarra contra diversos artículos de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de ordenación del comercio minorista, y de la Ley Orgánica 2/1996, de 17 de enero, complementaria de aquélla. «BOE» núm. 170, de 17 de julio de 2003, páginas 92 a 110 (19 págs.), T.C. Suplemento del Tribunal Constitucional, Referencia:BOE-T-2003-14319, <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/4899>

periódicos u ocasionales, así como en lugares instalados en la vía pública para productos de naturaleza estacional. El TC en la Sentencia 88/1986²¹, resolvió que la regulación de este tipo de venta pertenecía al ámbito de la regulación del comercio interior, (tal y como la Comunidad Foral de Navarra realizó en la Ley Foral 13/1989, de 3 de julio, de comercio no sedentario). El precepto carece de cobertura en la competencia estatal del art. 149.1.6 y 8 CE y entraña una sustracción de la competencia de la Comunidad Foral, por lo que debe entenderse no aplicable a ésta.

El representante de la Comunidad Foral alegó que en la STC 88/1986, se resolvió que la regulación de este tipo de venta pertenecía al ámbito de la regulación del comercio interior, y por ello el precepto carecía de cobertura en la competencia estatal, por lo que debía entenderse no aplicable a ésta.

En este fallo, el Tribunal, declaró que las normas autonómicas podían entrar a regular determinados tipos de ventas, y en concreto la venta no sedentaria, con base en su competencia en materia de comercio interior, siempre que dicha regulación autonómica se ciñera al espacio de las relaciones jurídico-públicas.

Por ello, salvo el inciso inicial según el cual «es venta ambulante o no sedentaria la realizada por comerciantes, fuera de un establecimiento comercial permanente», la motivación y finalidad de la norma impugnada según el tribunal, no se dirige a establecer una regla sobre la contratación *inter privatos*, sino a desarrollar la modalidad de venta ambulante en sus aspectos netamente públicos y por ello no puede entenderse amparada en el ámbito competencial reservado al Estado según los art. 149.1.6. y 8 CE por lo que debe declararse inconstitucional.

En lo referente a la definición nuclear del término venta ambulante, son tres los apartados a tener en cuenta: En primer lugar, queda claro que la actividad comercial ha de ser realizada fuera del establecimiento comercial permanente. En segundo lugar, la actividad comercial podrá ser prestada de forma habitual, ocasional, o periódica. Y en

²¹ Sentencia del Tribunal Constitucional 88/1986, de 1 de julio, (BOE núm. 174, de 22 de julio de 1986), ECLI:ES:TC:1986:88, <http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/651>.

tercer lugar esa actividad se prestará en instalaciones comerciales desmontables, portátiles y transportables.

La definición de venta ambulante o no sedentaria como «la realizada por comerciantes fuera de un establecimiento comercial permanente» y la circunstancia de que un contrato se pueda celebrar «fuera del establecimiento mercantil del empresario» tal y como reza el art. 92 y ss. del TRLGDCU, plantea un problema fundamental. La delimitación entre venta ambulante y venta celebrada fuera del establecimiento mercantil, que en ocasiones puede generar dudas de interpretación, como ocurrirá en el caso analizado en siguientes epígrafes.

Sin embargo, para algunos autores²², esa diferenciación es clara: El legislador nacional, con el TRLGDCU en el ámbito de los contratos celebrados fuera del establecimiento mercantil, no pretende regular todos aquellos contratos que se realicen físicamente fuera del EM, sino aquellos en los que el consumidor no toma la iniciativa para la contratación, sino que se ve sorprendido por el empresario e inducido a celebrar un contrato que no había planteado concluir. Por el contrario, en las ventas ambulantes o no sedentarias, aunque no se concluyan en el establecimiento habitual del comerciante, es el consumidor el que toma la iniciativa en la compraventa acudiendo al correspondiente lugar.

Lo que está claro, es que la Ley nacional establece un concepto extraordinariamente amplio, sin calificar específicamente las tradicionales modalidades. No se distingue por ejemplo, entre venta ambulante en sentido estricto y venta no sedentaria (mercadillos), sino que se regulan conjuntamente ambas modalidades

En segundo lugar, el Real Decreto 199/2010²³ de 26 de febrero, por el que se regula el ejercicio de la venta ambulante o no sedentaria, considera la venta ambulante como aquella realizada por comerciantes fuera de un establecimiento comercial permanente cualquiera que sea su periodicidad y el lugar donde se celebre.

²² Véase BELTRAN SANCEZ E., «Comentario al artículo 53» en Comentarios a la Ley de Ordenación del Comercio Minorista y a la Ley Orgánica complementaria, (AA.VV; Dtors., PIÑAR MAÑAS, J.L., BELTRAN SANCHEZ, E.),Ed. Civitas San Pablo CEU, Madrid, 1997, pp: 397-399 (398).

²³ Real Decreto 199/2010, de 26 de febrero, por el que se regula el ejercicio de la venta ambulante o no sedentaria, «BOE» núm. 63, de 13 de marzo de 2010, páginas 25022 a 25026 (5 págs.), BOE-A-2010-4173, <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2010-4173>

En este caso, el RD enuncia cuatro modalidades de venta ambulante: la venta en mercadillos, la venta en mercados ocasionales o periódicos, la venta en vía pública y la venta en camiones-tienda.

Y de una forma más pragmática viene a desarrollar lo enunciado por el artículo 53 de la LOCM, y se sujeta a la misma en todas las cuestiones relacionadas con la venta ambulante o no sedentaria.

Finalmente, atendiendo al art. 54 de la LOCM, corresponderá a los ayuntamientos otorgar las autorizaciones correspondientes para el ejercicio de la venta ambulante en sus respectivos términos municipales, de acuerdo con sus normas específicas y las contenidas en la legislación vigente, de acuerdo con el marco respectivo de competencias.

En definitiva, y de cara a un mayor ahondamiento en la conceptualización o delimitación del término venta ambulante, son las disposiciones normativas autonómicas y locales, las que lo definen y desarrollan de una manera más detallada en estos ámbitos, dependiendo siempre de cada CCAA y sus Estatutos de Autonomía o de cada Administración Local.

El comerciante que pretende ejercer este tipo de venta debe cumplir una serie de requisitos impuestos por cada Administración Autonómica y atendiendo al lugar determinado en el que se puede llevar a cabo la actividad comercial, serán las ordenanzas locales las que establezcan las zonas concretas donde realizar tal actividad con el fin de evitar la competencia desigual con el comerciante sedentario.

Corresponde así a los Ayuntamientos otorgar autorizaciones concretas para ejercer la actividad comercial en un lugar determinado. Aunque esta intervención administrativa en la materia, no viene tan sólo determinada por la protección del consumidor –que será comentada en adelante-, sino también por la necesidad de proteger al resto de los comerciantes sedentarios, y en definitiva en favor de la defensa de la competencia. Tal y como indica Joaquín Tornos Mas²⁴, «la venta especial que ha recibido una mayor atención por parte de la normativa administrativa ha sido la venta

²⁴ Véase URÍA FERNÁNDEZ, F. «Comentario al artículo 53», en Ordenación del comercio minorista, Comentarios a la Ley 7/1996 y a la Ley Orgánica 2/1996, ambas de fecha 15 de enero, (AA.VV; Coordinación, ARIMANY Y MANUBENS & ASOCIADOS), Ed. Praxis, Barcelona, 1996. pp. 378-384. (379)

ambulante. La razón de esta circunstancia deriva, sin duda, de la existencia de intereses generales implicados en este tipo de venta (salud) y de la presencia de intereses sectoriales enfrentados (entre los comerciantes sedentarios y los ambulantes), ante los que la Administración adopta un cierto papel mediador».

En términos generales, el concepto de venta ambulante ha sufrido una evolución en cuanto al posicionamiento del mismo en el Ordenamiento jurídico español a lo largo de los años, pasando de constituir un concepto separado e independiente del establecimiento mercantil tal y como subrayaba el texto original de la LOCM de 1996, a constituir una parte fundamental del mismo tal y como destaca la última reforma del texto en 2014. Esta evolución y desarrollo legislativo no tiene otra causa más que la superior protección del consumidor, de cara a poder establecer cuándo nos encontramos ante una «venta celebrada en un EM» y cuándo nos encontramos ante una «venta celebrada fuera del establecimiento mercantil», ya que esta última modalidad de venta requiere una serie de mecanismos de protección reforzados para el consumidor.

3. Otras cuestiones: La libre prestación de servicios en la ordenación de la venta ambulante.

El logro de un mercado único de servicios se ha configurado como una de las metas fundamentales del proyecto de construcción europeo. Aquí es donde aparece la Directiva «Bolkestein²⁵» que se erige como un elemento clave para la realización de reformas estructurales de cara a conseguir hacer posible ese mercado único de servicios.

La transposición de esta Directiva fue altamente compleja y comportó la modificación de algunos elementos estructurales de nuestro Derecho Administrativo.

De forma separada, se optó por la Ley 1/2010, de 1 de marzo, de comercio estatal, de reforma de la Ley 7/1996, de Ordenación de Comercio Minorista, para transponer la Directiva 2006/123 en el sector de la distribución comercial.

Esta Ley 1/2010, de 1 de marzo, introdujo una serie de reformas en cuanto a la regulación comercial minorista, en concreto, el artículo 2 de la LOCM de 1996, el cual

²⁵ Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006 relativa a los servicios en el mercado interior. DOUE núm. 376, de 27 de diciembre de 2006, páginas 36 a 68. DOUE-L-2006-82665.

define el concepto de EM tal y como se ha tratado anteriormente. Modificando así la definición que el legislador español daba del establecimiento comercial, que a partir de entonces, podrá tener lugar de forma individual o en un espacio colectivo, eliminándose la definición de «gran establecimiento mercantil».

Centrándonos en la venta ambulante y en especial en el régimen de la autorización para el ejercicio de la misma, tras la aprobación de la Directiva de servicios y su transposición a nuestro derecho nacional a través de la Ley 17/2009 y la Ley 1/2010, de 1 de marzo, de reforma de la LOCM, la autorización para el ejercicio de la venta ambulante únicamente se podrá exigir de forma excepcional si concurren una serie de razones imperiosas de interés general.

Además, el ejercicio de la venta ambulante no puede dejarse a la suerte de los controles sucesivos o a medidas tomadas a posteriori, introduciéndose una serie de modificaciones en torno a la utilización del suelo público, dejando de responder así a los principios de licencia de actividad, y protegiendo de este modo el uso del dominio público de cara a la obtención de autorizaciones para el ejercicio de la venta ambulante.

IV. Análisis de la Sentencia C-485/17, de 7 de agosto de 2018 y principales implicaciones.

Como se ha mencionado anteriormente, esta memoria orbita alrededor de la Sentencia²⁶ del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 7 de agosto de 2018 en el asunto C-485/17 y tiene la intención de arrojar algo de luz sobre la figura del establecimiento mercantil y la venta ambulante, y sus características principales en el ámbito comunitario.

²⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Octava) de 7 de agosto de 2018, Verbraucherzentrale Berlin eV contra Unimatic Vertriebs GmbH, Petición de decisión prejudicial planteada por el Bundesgerichtshof en el Asunto C-485/17. ECLI:EU:C:2018:642. <https://curia.europa.eu/>.

Tal asunto, tiene como objeto una petición de decisión prejudicial²⁷ planteada por el Bundesgerichtshof (*Tribunal Supremo Alemán*) sobre el procedimiento entre, una asociación de consumidores (en adelante, «asociación») y Unimatic Vertriebs, una sociedad distribuidora y comercializadora de bienes (en adelante, «Unimatic»).

Este procedimiento versa sobre la información sobre el derecho de desistimiento por parte del consumidor en una venta que fue celebrada en el marco de una feria comercial.

Esta petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación del artículo 2.9 de la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores (DDCONS), y conforme a la cual, esta memoria se irá desarrollando para conformar la concepción de establecimiento mercantil tal y como lo conoce el legislador y la jurisprudencia europea actual.

1. Contexto fáctico de la sentencia. Litigio principal.

Unimatic, que es una distribuidora y comercializadora de bienes, y que vende exclusivamente en el marco de ferias, y en este caso en particular, en la feria «Semana verde» de Berlín, recibió en su *stand* a un cliente que encargó en tal feria, una aspiradora por el precio de 1600 euros sin informarle de la existencia del derecho de desistimiento previsto por la legislación alemana con arreglo al art. 9 de la DDCONS.

La asociación presentó una demanda ante el Landgericht Freiburg (*Tribunal Regional de Friburgo*) alegando que Unimatic debió haber informado a su cliente de la existencia de tal derecho ya que esta consideraba que el contrato de compraventa de la aspiradora fue celebrado «fuera de un establecimiento mercantil».

Tras la desestimación de la demanda inicial y la desestimación de recurso de apelación posterior, la asociación interpuso recurso de casación ante el

²⁷ De acuerdo con el artículo 267 del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea, <https://www.boe.es/doue/2010/083/Z00047-00199.pdf>.

Bundesgerichtshof (*Tribunal Supremo Alemán*), y tras una serie de consideraciones, éste planteó la ya comentada cuestión prejudicial ante el TJUE.

2. El artículo 2.9 y el Considerando 22 de la Directiva 2011/83. El establecimiento mercantil en el derecho de la Unión.

Literalmente, el artículo 2 de la Directiva DDCONS nos habla de «definiciones», y en particular en el punto 9 de tal artículo, se expresa que «se entenderá por establecimiento mercantil»:

«A toda instalación inmueble de venta al por menor en la que el comerciante ejerce su actividad de forma permanente, o, a toda instalación móvil de venta al por menor en la que el comerciante ejerce su actividad de forma habitual».

La Directiva en este caso lo que hace es dividir en dos hemisferios la esfera del establecimiento mercantil, destacando por un lado el carácter permanente de las instalaciones inmuebles de venta al por menor y subrayando por otro lado el carácter habitual de las actividades ejercidas por un comerciante en una instalación móvil de venta al por menor, para entender la existencia del establecimiento mercantil.

Continuando con la interpretación del EM por parte del legislador europeo, el Considerando 22 de la Directiva no nos ofrece otra cosa más que un desarrollo bastante más dilatado sobre tal interpretación. Sosteniendo que por establecimiento mercantil debe entenderse todo tipo de instalaciones, ya sean tiendas, puestos o camiones, que sirvan al vendedor o comerciante como local de negocios permanente o habitual. En definitiva, la conceptualización del establecimiento mercantil y la venta ambulante vendrá determinada por ese carácter permanente o habitual de las instalaciones que emplean los comerciantes para ejercer sus actividades comerciales de cara al consumidor.

La redacción del Considerando 22 nos deja ver una de las soluciones al conflicto que tenemos entre manos, ya que recalca que si cumplen las condiciones anteriormente descritas, los puestos de mercados y los *stands* de ferias deberán ser tratados como establecimientos mercantiles. Además expone que las instalaciones de venta al por menor en las que el vendedor ejerce sus actividades comerciales de forma estacional deben considerarse como establecimientos mercantiles ya que el comerciante ejerce allí su actividad de forma habitual. Dando como ejemplos las instalaciones en las cuales el vendedor, durante la temporada turística en una estación de esquí o en una zona de playa, ejerce su actividad de forma habitual.

Además, y por si hubiera alguna duda, la DDCONS, en el ya comentado Considerando 22, remarca cuándo no existe establecimiento mercantil, dando por sentado que los espacios accesibles al público, ya sean calles, centros comerciales, playas, instalaciones deportivas y transportes públicos, los cuales el vendedor utilice de forma excepcional para su actividad comercial, además de los domicilios privados o lugares de trabajo, no deben de considerarse como establecimientos mercantiles.

¿Pero cómo podemos saber si estamos ante un EM cuando un comerciante ejerce su actividad comercial en un emplazamiento público por ejemplo?

La solución es meridianamente reconocible según la redacción del Considerando 22. La diferencia estará en el carácter habitual o periódico de la actividad comercial para determinar que existe EM o en el carácter excepcional o esporádico de dicha actividad para determinar que no estamos ante un EM.

Tras el análisis del artículo 2.9 y el Considerando 22 de la DDCONS, *a priori* queda despejada cualquier tipo de duda acerca de la conceptualización del establecimiento mercantil, pero el TJUE quiere dar un paso más en esta compleja construcción del concepto, añadiendo una serie de opiniones y declaraciones de cara a reforzar la estructura conceptual que sostiene al establecimiento mercantil.

3. Implicación en la sentencia de los contratos celebrados fuera del establecimiento mercantil.

3.1 Conceptualización de los contratos celebrados fuera del establecimiento mercantil.

Antes de continuar con la explicación cronológica de los hechos, es importante para comprender la sentencia y para construir una definición clara e inteligible del establecimiento mercantil, conocer las características principales de los contratos celebrados fuera del establecimiento mercantil.

Esta modalidad contractual se caracteriza por regular un tipo de venta que puede tener lugar fuera de una tienda fija o de un local comercial y que suele realizarse en excursiones o viajes, o en reuniones en hoteles o en visitas no concertadas en el domicilio o lugar de trabajo del consumidor, lo que comúnmente se conoce como ventas «a puerta fría».

El legislador europeo, con su artículo 2.8 de la DDCONS sobre los derechos de los consumidores, quiere desgranar las situaciones comerciales en las cuales podemos hablar de «contratos celebrados fuera del establecimiento»:

- En primer lugar, los contratos celebrados con la presencia física y simultánea del comerciante y el consumidor aunque este último sea el que haya realizado la oferta, en un lugar distinto del establecimiento del comerciante.
- En segundo lugar, los contratos celebrados en el establecimiento mercantil del comerciante «mediante el uso de cualquier medio de comunicación a distancia inmediatamente después de que haya existido contacto personal e individual con el consumidor en un lugar que no sea el establecimiento mercantil del comerciante, con la presencia física simultánea de ambos».
- Y en tercer lugar, los «contratos celebrados durante una excursión organizada por el comerciante con el fin de promocionar y vender productos o servicios al consumidor».

No es complicado encontrar situaciones cotidianas en las que un consumidor y un comerciante celebran un contrato fuera del establecimiento mercantil de dicho comerciante. A raíz de ese carácter ordinario y común, estos tipos de contratos

requieren una regulación característica respecto de la protección e información del consumidor, mediante una serie de medidas contra el principal problema que nace con esta tipología de contratación, que no es otro que el carácter abusivo de las prácticas comerciales en el ámbito de la venta a domicilio.

3.2 El consumidor desprevenido.

¿Pero cuál es el problema o la dificultad a la que nos enfrentamos en este tipo de contratos? El problema brota de la procedencia de la iniciativa de las negociaciones. Normalmente, es el comerciante el que inicia las conversaciones y el que toma la iniciativa en la negociación de los contratos, quedando el consumidor un peldaño por debajo en esa negociación ya que en ningún caso, un consumidor común está en condiciones de comparar la calidad, el precio y las características de la oferta con otras ofertas. Se podría decir, que el consumidor se encuentra desprevenido ante esta situación de inferioridad contractual, no como cuando consume en los locales habitualmente reservados a la venta y en los cuales, el consumidor se presenta por su propia voluntad.

Este elemento o factor sorpresa se tiene en cuenta tanto para los contratos celebrados «a puerta fría», es decir por venta a domicilio, como para los contratos es los que el comerciante toma la iniciativa fuera de su establecimiento.

Para el legislador, la solución está en conceder al consumidor la posibilidad de apartarse o abandonar el contrato durante un periodo determinado de tiempo de reflexión y así éste último puede tener la capacidad de considerar las obligaciones que resultan del contrato.

Aquí entra en juego la figura del derecho de desistimiento y los requisitos de información.

4. El derecho a la información y el derecho de desistimiento en los contratos celebrados fuera del establecimiento mercantil. Mecanismos de protección del consumidor.

Está claro que en el plano cotidiano, este tipo de contratos tiene un fuerte carácter agresivo, además de generar en el consumidor cierta presión psicológica ocasionada por la mera presencia física del comerciante en el domicilio o el lugar de trabajo del consumidor, y también porque no es el consumidor el que lleva la iniciativa en la compraventa. Al final, se trata de una intromisión en la esfera íntima del cliente, lo que en ocasiones induce al consumidor a contratar por causas ajenas al propósito final del contrato.

Ante este cúmulo de problemas, la DDCONS, expone dos elementos complementarios o mecanismos de protección del consumidor a la hora de formalizar un contrato fuera del establecimiento mercantil:

En primer lugar se le impone al comerciante la obligación de informar. El artículo 6 y el Considerando 34 despliegan una serie de «requisitos de información» que deberán ser facilitados por el comerciante al consumidor antes de que éste quede vinculado por cualquier contrato a distancia o celebrado fuera del establecimiento mercantil. Esta información, en aras de proteger al consumidor final, tiene que ser presentada de forma clara y comprensible y trata asuntos como: las características de los bienes, la identidad del comerciante, las direcciones, el precio acordado, los costes, los procedimientos de pago, cuando exista un derecho de desistimiento deberán incluirse las condiciones, el plazo y los procedimientos para ejercer ese derecho, las garantías, entre otras informaciones que protegen al consumidor ante esa situación de inferioridad contractual.

Por otro lado, el artículo 9 desarrolla el «derecho de desistimiento», a través del cual, el consumidor dispondrá de un período de 14 días para desistir de un contrato a distancia o celebrado fuera del establecimiento, sin indicar el motivo y sin incurrir en ningún coste añadido. Si por otro lado el comerciante no facilita al consumidor la información sobre el derecho de desistimiento, tal como se establece en el artículo

6.1.h), el período de desistimiento expirará 12 meses después de la fecha de expiración del período de desistimiento inicial.

En definitiva, el artículo 6 de la Directiva establece los requisitos de información, y los artículos 9 a 16 de la misma reconocen al consumidor un derecho de desistimiento tras la celebración del contrato, estableciendo también los requisitos de este derecho y los procedimientos para ejercerlo.

Se trata de una serie de instrumentos necesarios para proteger al consumidor ante la situación de inferioridad en la que se encuentra a la hora de contratar «fuera del establecimiento mercantil».

5. Consideraciones del Tribunal Alemán.

Siguiendo con la explicación de los hechos, el Tribunal Supremo Alemán realizó una serie de consideraciones:

Entendió que el contenido literal de las disposiciones de la Directiva 2011/83 no precisaba los criterios que permiten apreciar en qué medida, en un caso concreto, el comerciante ejerce su actividad en una instalación «de forma habitual» en el sentido del art 2.9.b) de la Directiva.

En referencia a esto último, el órgano jurisdiccional alemán emitió dos enfoques o planteamientos para determinar si el contrato de compraventa había sido celebrado o no «fuera del establecimiento mercantil»:

- El desempeño de la actividad comercial en una instalación «de forma habitual»: En primer lugar y teniendo en cuenta el comentado Considerando 22 de la Directiva 2011/83 de 25 de octubre sobre los derechos de los consumidores, el Tribunal planteó que podría tenerse en cuenta el hecho de que el comerciante en este caso utilizara «de forma habitual» un cierto modo de venta. En definitiva, que vendiera sus productos regularmente y no ocasionalmente en una instalación. Consecuentemente, el consumidor, adquirente de un bien ofrecido en el marco de una feria por un comerciante que además dispone de una tienda «fija» en la que comercializa habitualmente ese mismo bien y solo lo vende ocasionalmente en ferias, estaría amparado por el

derecho de desistimiento del artículo 9 de la Directiva 2011/83 ya que se trataría de una venta celebrada fuera del establecimiento mercantil. Sin embargo, la venta realizada por el comerciante que vende habitualmente sus bienes en ferias y que no dispone de una tienda fija, no se consideraría una venta realizada «fuera del establecimiento mercantil» y por lo tanto no estaría cubierta por el derecho de desistimiento.

- «La naturaleza del bien » vendido en el desempeño de la actividad comercial: En segundo lugar y teniendo en cuenta el artículo 2.9 de la Directiva 2011/83, el Tribunal expuso que el factor decisivo para determinar si el contrato se celebró «fuera del establecimiento mercantil» sería la naturaleza del bien vendido y no la forma en la que el vendedor planifica o estructura su actividad. En el caso de que se tratara de un bien que se vende normalmente en ferias, habría que considerar que el consumidor debía contar con que tal bien se le ofreciera. Sin embargo se debería proteger al consumidor cuando se trate de otros bienes, los cuales el consumidor no podía esperar que se le ofrecieran en dicha feria. Este enfoque hace valer el derecho de desistimiento previsto en la Directiva y que consiste en proteger al consumidor en el ámbito de una celebración precipitada e irreflexiva de un contrato de compraventa en una situación de sorpresa o bajo presión psicológica.

6. Cuestiones prejudiciales planteadas ante el TJUE.

Continuando con el relato de los hechos, el Bundesgerichtshof (*Tribunal Supremo Alemán*), decidió suspender el procedimiento y plantear al TJUE una serie de cuestiones prejudiciales:

En primer lugar, se planteó si procedía considerar que un *stand* de feria situado en un pabellón y utilizado por un comerciante para vender sus productos durante una feria que tiene lugar durante unos pocos días al año constituía una instalación inmueble de venta al por menor, en consonancia con lo dispuesto en el artículo 2.9.a) de la Directiva, o constituía una instalación móvil de venta al por menor, dispuesta en el art 2.9.b) de la misma Directiva.

En segundo lugar, y entendiendo que se tratara de una instalación móvil, el tribunal alemán planteó que si la cuestión de si un comerciante ejerce su actividad «de forma habitual» en *stands* de feria debía responderse en función de: cómo organiza el comerciante su actividad o, de si resulta previsible para el consumidor la celebración de un contrato relativo a los productos en cuestión de esa feria.

7. El «stand» de feria y su consideración como establecimiento mercantil.

Uno de los objetivos de este estudio, consiste en entender cómo se forma la concepción actual de la «venta ambulante», aunque el legislador europeo no emplee este término literalmente ni clasifique específicamente en su legislación tal clase de venta.

Nos encontramos por tanto ante el problema de determinar qué es y de dónde nace la «venta ambulante».

El término «venta ambulante» nace de la concepción que el legislador español tiene de la actividad comercial ejercida por un comerciante en una instalación móvil. Es decir, se considera venta ambulante a la realizada fuera de un establecimiento comercial permanente. Para entender que estamos ante una modalidad de venta ambulante, la actividad comercial se debe ejercer de forma habitual. En cualquier caso, esta conceptualización está inscrita en la esfera del establecimiento comercial o mercantil.

El problema aparece cuando queremos identificar esta modalidad de venta dentro de la legislación europea, ya que la Directiva no diferencia entre modalidades de venta dentro del establecimiento mercantil. Únicamente destaca que en el ámbito del establecimiento mercantil, nos podemos encontrar ante actividades ejercidas de forma permanente y actividades ejercidas de forma habitual, tal y como reza el artículo 2.9 de la Directiva 2011/83 sobre los derechos de los consumidores.

Por ello, no encontramos el término «venta ambulante» en ninguna disposición normativa europea ni en la jurisprudencia del TJUE. Pero de todas estas circunstancias se puede interpretar que lo dicho en el artículo 2 punto 9 apartado b) de la Directiva

2011/83, se solapa con la definición que el legislador español tiene de la «venta ambulante».

7.1 Fuentes normativas.

Atendiendo a las cuestiones planteadas por el tribunal alemán, se quiere dejar claro si un *stand* de feria comercial en el que el comerciante ejerce su actividad durante unos días al año, como el controvertido en este litigio que estamos analizando, constituye un «establecimiento mercantil».

Y es que, habremos de tener en cuenta las soluciones planteadas por el TJUE en la Sentencia²⁸ de 7 de agosto de 2018, en el asunto C-485/17, para sacar una conclusión meridianamente acertada sobre la conceptualización del «establecimiento mercantil».

Lo que está claro, es que el legislador europeo basa su concepción del EM en el artículo 2.9 y el Considerando 22 de la Directiva 2011/83 de 25 de octubre sobre los derechos de los consumidores, y aunque *a priori* se trate de escuetas exposiciones, la cantidad de información que desprenden las mismas es más que suficiente para sostener dicha concepción.

De este modo, se prevé que el EM puede ser una instalación inmueble o móvil, en la cual debe ejercerse la actividad comercial de forma permanente o habitual. Y esa instalación puede ser una tienda, un puesto o un camión que sirva al comerciante de local de negocios.

7.2 La actividad ejercida «de forma habitual».

El problema que nos surge a continuación es el de determinar qué debemos entender por una actividad ejercida «de forma permanente» o «de forma habitual» ya que la Directiva 2011/83 no define tales expresiones ni nos dirige a ninguna otra legislación para determinar el sentido preciso de las mismas.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea lo tuvo claro en el asunto C-485/17. Éste determinó en primer lugar, que debía señalarse que las actividades que un comerciante lleva a cabo en un *stand* instalado en una feria por un periodo de unos días

²⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Octava) de 7 de agosto de 2018, Verbraucherzentrale Berlin eV contra Unimatic Vertriebs GmbH, Petición de decisión prejudicial planteada por el Bundesgerichtshof en el Asunto C-485/17. ECLI:EU:C:2018:642. <https://curia.europa.eu/>.

al año como aquel al que se refiere el litigio principal, no podían considerarse ejercidas «de forma permanente» en el sentido común de la expresión.

Y en segundo lugar señaló, que por lo que se refiere a la expresión «de forma habitual», debe señalarse, en su sentido usual, que cabe entender que tal expresión se refiere a la «constancia en el tiempo» de la actividad en cuestión o al «carácter normal» que reviste el ejercicio de dicha actividad.

Por consiguiente, el TJUE comentó, que «el sentido de dicha expresión en el lenguaje corriente no permite, por sí solo, hacer a primera vista una interpretación unívoca de la misma»

A tenor de lo expuesto anteriormente y de las consideraciones del TJUE, debe entenderse que la expresión «de forma habitual» en referencia al artículo 2.9.b) de la DDCONS se remite al carácter normal o usual que la instalación en cuestión reviste. En el caso de las instalaciones referidas en el artículo 2.9.a) de la Directiva en las que se ejerce la actividad comercial «de forma permanente» y no «de forma habitual», la circunstancia de que tal actividad se ejerza de forma permanente implica inevitablemente que esta tenga carácter «normal» o «habitual».

En el caso del litigio principal, situación en la cual Unimatic ejerce sus actividades en un *stand* de una feria comercial anual, será reconocido como establecimiento mercantil dicho puesto, tal y como subraya el Considerando 22 de la DDCONS cuya exposición literal insiste en lo siguiente: «Por establecimiento mercantil debe entenderse todo tipo de instalaciones (como tiendas, puestos o camiones) que sirvan al comerciante como local de negocios permanente o habitual. Si cumplen esta condición, los puestos de mercados y los *stands* de feria deben ser tratados como establecimientos mercantiles».

Por lo tanto el problema de la determinación de un *stand* de feria como establecimiento mercantil, queda aparentemente solventado por todo lo manifestado por el TJUE, y por el considerando 22 de la Directiva que recalca la necesidad de habitualidad comercial para considerar al *stand* de feria como un establecimiento mercantil.

7.3 La apariencia del *stand*. El consumidor medio.

Pero todavía queda un último escalón de clasificación del «establecimiento mercantil». El TJUE determina, que para evaluar si un *stand* de feria puede clasificarse como un establecimiento mercantil en el sentido del artículo 2.9.b) de la Directiva 2011/83, deberá tomarse en cuenta la apariencia concreta del *stand* desde dos perspectivas:

- La perspectiva del público
- La perspectiva del «consumidor medio» de si tal *stand* se presenta como un lugar en el que el comerciante ejerce su actividad de forma habitual, de forma que el consumidor pueda contar razonablemente, al acudir al mismo, con que se le haga una oferta comercial.

¿Pero que entendemos como «consumidor medio»?

Los Tribunales europeos a lo largo de los últimos años, han ido desarrollando una concepción bastante acertada sobre la percepción del consumidor medio: Un consumidor normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz²⁹, capaz de evaluar³⁰ las consecuencias de sus actos, siempre teniendo en cuenta los factores sociales, culturales y lingüísticos de cada consumidor.³¹

Además, el Considerando 18 de la Directiva 2005/29/CE³², sobre las prácticas comerciales desleales, hace referencia al «consumidor medio», recalcando que éste no es una mera referencia estadística. Además subraya que para determinar la reacción típica del consumidor medio en un caso concreto, los tribunales y autoridades nacionales deberán aplicar su propio criterio.

²⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 30 de abril de 2014, C-26/13 EU:C:2014:282, apartado 74.

³⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 20 de septiembre de 2017 c-186 EU:C:2017:703, apartado 47.

³¹ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 26 de octubre de 2016, C-611, EU:C:2016:800, apartado 39.

³² Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de mayo de 2005 relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, que modifica la Directiva 84/450/CEE del Consejo, las Directivas 97/7/CE, 98/27/CE y 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (CE) no 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo

Para Luis González Vaqué³³ existe un antes y un después de la sentencia «Gut Springenheide»³⁴.

En julio de 1998 el TJCE dictó sentencia en el marco del asunto «Gut Springenheide» declarando que, para determinar si una mención en el etiquetado cuyo objetivo era fomentar las ventas de huevos podía inducir a error al comprador, infringiendo el artículo 10.2(e) del Reglamento n.º 1907/90 relativo a la comercialización de los huevos, debía tomarse como referencia la expectativa que con respecto a dicha mención se presumiera en un consumidor medio. Concretamente, en el fundamento jurídico 31 de la citada sentencia el TJCE confirmó que ya había declarado en diversos fallos que, a fin de apreciar si una denominación, marca o mención publicitaria podía inducir o no a error al comprador, era preciso tomar en consideración la expectativa que se presumía en un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz.

El Tribunal de Justicia en el reciente caso C-614/17³⁵ (Denominación de origen Queso Manchego) hace una delimitación bastante acertada del consumidor medio. Un consumidor normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, a cuya percepción ha de atender el tribunal nacional. El Tribunal en esta sentencia subraya que el consumidor medio deberá entenderse referido a los consumidores europeos, incluidos los consumidores del Estado miembro en el que se fabrica el producto en el caso de una denominación protegida.

Tras un detenido estudio de la sentencia C-485/17, cabe insistir en que le corresponderá al juez nacional evaluar y determinar la apariencia que el *stand* en cuestión ofrece al consumidor medio, un consumidor normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, y tal y como destaca el TJUE «teniendo en cuenta las circunstancias que rodean a la actividad comercial, y toda la información proporcionada en los propios locales de la feria».

³³ GONZÁLEZ VAQUÉ, L., «La noción de consumidor medio según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, ISSN 1138-4026, Año nº 8, Nº 17, 2004, p. 47-82

³⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Quinta) de 16 de julio de 1998, C-210/96, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:61996CJ0210_SUM&from=EN

³⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala cuarta) de 2 de mayo de 2019, C-614/17, ECLI:EU:C:2019:334

Además, el TJUE en la sentencia aludió a duración de la feria en cuestión, e insistió en que esa duración no es determinante a efectos de determinación del establecimiento mercantil, ya que el legislador, en el ya estudiado Considerando 22 de la Directiva DDCONS, directamente manifiesta que el establecimiento en el que el comerciante ejerce su actividad estacional, puede constituir un «establecimiento mercantil» en el sentido del artículo 2.9 de la misma Directiva.

La conclusión, es que un *stand* de una feria que se celebra periódicamente como es el caso del litigio principal, constituye un «establecimiento mercantil», tanto por su carácter habitual como por la apariencia que el *stand* en cuestión ofrece al consumidor medio. Y en relación al litigio principal es admisible de plano considerar el *stand* de feria de Unimatic como un establecimiento mercantil.

8. La Aplicación uniforme de la Directiva en los Estados Miembros y el alcance. Primacía del Derecho Comunitario.

8.1 La interpretación autónoma y uniforme.

La seguridad jurídica para los comerciantes y los consumidores debe de estar asegurada y reforzada. De este modo, el legislador europeo trata de armonizar determinados aspectos reglamentarios fundamentales, para que tanto consumidor como comerciante puedan contar con un único marco normativo fundamentado en conceptos jurídicos claramente determinados y que regularán los contratos celebrados entre empresas y consumidores en la Unión Europea.

El artículo 114 del TFUE³⁶ destaca que el Parlamento Europeo y el Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, adoptarán las medidas relativas a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros que tengan por objeto el establecimiento y el funcionamiento de ese mercado interior pleno.

³⁶ Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, <https://www.boe.es/doue/2010/083/Z00047-00199.pdf>.

Debido a este proceso de armonización, deberán desaparecer todos los obstáculos derivados de la fragmentación de las normas para que pueda ser posible la consecución del mercado interior en este aspecto. Y la única manera de que estos obstáculos no interfieran en la consecución de un mercado interior pleno será eliminándolos, estableciendo normas uniformes en todo el ámbito de la Unión. Además, los consumidores deberán disfrutar de un elevado nivel de protección común en todos los países miembros de la Unión Europea.

Siguiendo con la sentencia analizada, nos encontramos ante el problema de decisión por parte del tribunal alemán, el cual remite la cuestión al TJUE para que este decida sobre el fondo del asunto. En este caso, la mera interpretación de las disposiciones legales relacionadas con el asunto, no es suficiente para resolver por parte del tribunal alemán. Y es que, según reiterada jurisprudencia del TJUE, cuando una de las disposiciones europeas no remite al Derecho del Estado miembro en cuestión en relación a un concepto en concreto, éste debe ser objeto de una interpretación autónoma y uniforme en toda la Unión.

Y para realizarse tal interpretación, no solo habrá de tenerse en cuenta los términos de la disposición en cuestión, sino que habrá que apreciar también el contexto de la disposición y el objetivo de la normativa de que forme parte.³⁷

En definitiva, los conceptos tratados en el artículo 2.9 de la DDCONS, deben de ser considerados a efectos de la aplicación de esta Directiva, conceptos autónomos del Derecho de la Unión que deberán ser interpretados de manera uniforme en el territorio de todos los Estados miembros.

De ahí, que todas las disposiciones normativas de los Estados miembros en relación al establecimiento mercantil en este caso sean una mera transposición de lo expuesto por el legislador europeo, y en particular, del artículo 2.9 de la Directiva 2011/83 de 25 de octubre, sobre los derechos de los consumidores.

8.2 Primacía del Derecho Comunitario.

³⁷ Sentencia 8 de marzo de 2018, DOCERAM, C-395/16 EU:C:218:172, apartado 20.

Asimismo, atendiendo al principio de primacía, sobre los Derechos nacionales, el Derecho europeo tendrá un valor superior, y por consiguiente un Estado miembro no podrá aplicar una norma nacional contraria al Derecho Europeo. Este principio fundamental y consagrado por el TJUE a lo largo de los años, asegura la preeminencia del Derecho europeo sobre cualquier otro Derecho nacional.

Para entender este principio cabe mencionar que la Sentencia del TJCE Van Gend & Loos³⁸, de 5 de Febrero de 1963 (asunto 26/62) destacó que el derecho comunitario es un verdadero ordenamiento jurídico, algo más que un Acuerdo de Derecho Internacional en el que se reafirma la obligación de los Estados de cumplir el derecho originario y derivado.

La doctrina asume que la Sentencia del TJCE de 15 de julio de 1964 (caso 6/64 Costa-ENEL)³⁹ contiene los fundamentos del principio de primacía del Derecho de la Unión.

El principio de primacía del derecho de la UE es una regla básica para la existencia de UE, que hace inaplicable la norma interna que sea incompatible con el derecho comunitario.

Tal y como sucede con el principio de efecto directo, el TJUE asume el control de la correcta aplicación del principio de primacía. Así, encomienda al juez nacional hacer respetar ese principio de primacía y éste, como ocurre en el caso analizado, puede hacer uso del procedimiento prejudicial cuando tenga alguna duda en cuanto a la aplicación de este principio.

Cabe mencionar la popular Sentencia sobre el caso Factortame⁴⁰, en la cual, el TJUE señaló que el juez nacional, cuando se haya planteado una cuestión prejudicial sobre la validez de una norma nacional, deberá suspender inmediatamente la aplicación de esa norma mientras espera la solución del TJUE en cuanto al fondo de tal norma.

³⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de febrero de 1963. NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos contra Administración fiscal holandesa. Petición de decisión prejudicial: Tariefcommissie - Países Bajos. Asunto 26-62. ECLI:EU:C:1963:1

³⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de julio de 1964. Flaminio Costa contra E.N.E.L. , Petición de decisión prejudicial: Giudice conciliatore di Milano - Italia. , Asunto 6-64, ECLI:EU:C:1964:66.

⁴⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 19 de junio de 1990 en el asunto C-213/89 , ECLI:EU:C:1990:257.

De este modo, el Tribunal Alemán atendió al principio de primacía de la Unión, suspendiendo el procedimiento para plantear al TJUE las cuestiones prejudiciales anteriormente mencionadas.

9. Razonamiento y decisión del Tribunal de Justicia de la UE.

Tras el examen realizado durante este ensayo en paralelo a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 7 de agosto de 2018, en el asunto C-485/17, queda claro que un *stand* de feria como el del caso analizado, constituye un «establecimiento mercantil», en función de lo dispuesto en el artículo 2.9 y el Considerando 22 de la DDCONS, además de la jurisprudencia del TJUE.

Y por este camino continuó la declaración el Tribunal, que respondió a las cuestiones prejudiciales planteadas exponiendo que el artículo 2.9 de la DDCONS debía interpretarse en el sentido de que un *stand* como el controvertido, explotado por un comerciante en una feria comercial, y en el que ejerce sus actividades durante unos días al año, constituía un «establecimiento mercantil», siempre que, habida cuenta de todas las circunstancias de hecho que rodean a esas actividades y, en particular, de la apariencia del *stand* y de la información proporcionada en los propios locales de la feria, un consumidor normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz pueda contar razonablemente con que el comerciante ejerza sus actividades en ese *stand* y con que el comerciante le proponga celebrar un contrato. Extremo que debe comprobar el órgano jurisdiccional alemán, atendiendo a las circunstancias de hecho que rodean a las actividades del comerciante y a la información proporcionada en los propios locales de la feria.

V. Conclusiones

Como se ha podido apreciar a lo largo de esta memoria, el grueso del trabajo viene concretado por la jurisprudencia del TJUE en relación a la Sentencia de 7 de agosto de 2018 en el asunto C-485/17, que como se ha mencionado anteriormente, completa la conceptualización del «establecimiento mercantil» mediante una interpretación autónoma y uniforme de lo subrayado por la Directiva 2011/83 de 25 de octubre sobre los derechos de los consumidores.

De esta interpretación se pueden extraer múltiples conclusiones que a lo largo de este capítulo final iré desgranando.

Queda claro que el artículo 2.9 y el Considerando 22 de la Directiva 2011/83, son la piedra angular sobre la que se construyen los conceptos de establecimiento mercantil y de venta ambulante.

De forma simplificada, se entiende por establecimiento mercantil a toda instalación inmueble de venta al por menor con una actividad comercial de carácter permanente o a toda instalación móvil de venta al por menor con una actividad comercial de carácter habitual. En definitiva, la conceptualización del establecimiento mercantil vendrá determinada por ese carácter permanente o habitual de las instalaciones que emplean los comerciantes para ejercer sus actividades comerciales de cara al consumidor.

El problema viene cuando el tribunal alemán no dispone de la capacidad de interpretar este artículo 2.9 y en especial, el sentido de la expresión «de forma habitual», para conocer así, si el contrato en cuestión, había sido celebrado o no «fuera del establecimiento mercantil».

La solución planteada es que la expresión «de forma habitual» se refiere en su sentido usual, a la «constancia en el tiempo» o al «carácter normal» de la actividad comercial ejercida.

Se infiere por parte del TJUE que en las instalaciones inmuebles en las cuales se ejerce la actividad comercial de forma permanente, viene implícito el carácter habitual o normal de tal actividad.

Una vez que se entiende que existe establecimiento mercantil en función de ese carácter normal o habitual que reviste la actividad comercial, llega el problema de confirmarlo, en función de la apariencia concreta del *stand* en cuestión desde dos perspectivas: La del público y principalmente la del consumidor medio.

A ojos del consumidor medio, ¿tal *stand* se presenta como un lugar en el que el comerciante ejerce su actividad «de forma habitual», de modo que éste pueda contar con que se le haga una oferta comercial al acudir al mismo?

Esta pregunta fundamental, será respondida por el juez nacional en cuestión, que evaluará la apariencia que el *stand* ofrece al consumidor medio.

En definitiva, el establecimiento mercantil, se regirá por el carácter habitual de la instalación inmueble o móvil de venta al por menor, y será el juez nacional, el que determine, según la apariencia y la información que ofrece al consumidor medio, si existe o no establecimiento mercantil.

La conclusión fundamental de este trabajo no es otra que: Si el consumidor medio (consumidor normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz) puede contar al asistir al *stand*, con que el comerciante ejerce sus actividades en ese *stand* y con que el comerciante le proponga celebrar un contrato comercial, entenderemos que tal *stand* constituye un establecimiento mercantil.

Por lo tanto, para determinar la existencia del «establecimiento mercantil», además de tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 2.9 de la Directiva 2011/83, el juez nacional deberá considerar la apariencia y la información que el establecimiento le ofrece al consumidor medio.

Además, en referencia al litigio principal examinado, en la mayoría de los casos es realmente complicado determinar que se está fuera del establecimiento cuando normalmente el consumidor acude a este tipo de ferias por estar interesado en los productos que allí se ofrecen. Por lo tanto, serán residuales los casos en los que se estará ante una venta celebrada fuera del establecimiento mercantil, ya sea por escasez de

publicidad e información en el recinto o por tratarse de personas carentes de lucidez y atención para darse cuenta de las características que rodean a la venta.

Una vez desarrollado el concepto de «establecimiento mercantil» de una forma general, aparece la duda sobre el significado y contenido de la «venta ambulante» en la jurisprudencia de la Unión Europea. El problema que surge a continuación es el de encontrar este término plasmado en la jurisprudencia del TJUE.

Al tratarse de un concepto acuñado por el legislador español, no se encuentra ninguna referencia al mismo en el ámbito europeo, ya que el legislador europeo no emplea este término literalmente ni clasifica específicamente tal clase de venta.

El término «venta ambulante» nace de la concepción que el legislador español tiene de la actividad comercial ejercida por un comerciante en una instalación móvil. Es decir, se considera venta ambulante a la realizada fuera de un establecimiento comercial permanente. Para entender que estamos ante una modalidad de venta ambulante, la actividad comercial se debe ejercer de forma habitual. En cualquier caso, esta conceptualización está inscrita en la esfera del establecimiento comercial o mercantil.

La conclusión, es que la Directiva 2011/83, sobre los derechos de los consumidores, en su artículo 2.9, no diferencia entre modalidades de venta dentro del establecimiento mercantil. Únicamente destaca que en el ámbito del establecimiento mercantil, nos podemos encontrar ante actividades ejercidas de forma permanente y actividades ejercidas de forma habitual.

Por ello, no encontramos el término «venta ambulante» en ninguna disposición normativa europea ni en la jurisprudencia del TJUE. Pero de todas estas circunstancias se puede interpretar que lo dicho en el artículo 2 punto 9 apartado b) de la Directiva 2011/83, sobre establecimiento mercantil, se solapa con la definición que el legislador español expone de la «venta ambulante».

Es decir, la conceptualización de la «venta ambulante», que este trabajo busca desarrollar se traduce en que: la venta ambulante tal y como la conocemos en el ámbito nacional se fundamenta en el carácter habitual de las actividades comerciales prestadas en una instalación móvil o no permanente, y en la apariencia que el puesto o tienda (o

un *stand* como el analizado en la Sentencia del de 7 de agosto de 2018, en el asunto C-485/17) ofrece al consumidor.

¿Pero por que toma tanta importancia el conocer de una forma tan detallada y exacta lo que significa «el establecimiento mercantil» y sus características fundamentales? ¿Y por qué este término debe ser objeto de una interpretación autónoma y uniforme en toda la Unión?

El comprender cuándo estamos ante un «contrato celebrado en un establecimiento mercantil» o cuándo estamos ante un «contrato celebrado fuera de un establecimiento mercantil», nos permitirá conocer el alcance de la protección prestada al consumidor, y determinará los instrumentos y mecanismos de protección a emplear, prescritos por el legislador europeo.

Aquí radica el interés de determinar los conceptos de establecimiento mercantil y venta ambulante y por ello el TJUE destaca la importancia de que estos conceptos deban de ser objeto de una interpretación autónoma y uniforme en toda la Unión Europea.

VI. Bibliografía y referencias documentales.

Índice bibliográfico:

- I. ROJO, A./MENÉNDEZ, A., *Lecciones de derecho mercantil*, Volumen I, 16ª, Civitas, Thomson Reuters, Pamplona, 2018.
- II. GALLEGO SANCHEZ, E./ FERNANDEZ PEREZ, N., *Derecho mercantil parte primera*, 5ª, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- III. COSTA MAS, J./ CANALES MARTINEZ, G., «*La venta ambulante y sus mercados (El caso de la provincia de Alicante)*» Investigaciones geográficas, ISSN 0213-4691, ISSN-e 1989-9890, N° 1, 1983, págs. 87-116, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=111491>.
- IV. SAINZ H., *Venta ambulante en España, Oportunidades y amenazas Distribución y Consumo*, ISSN 11320176, N°29, 1996, págs. 6675, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2919661>.
- V. ROJAS, J.I., *Venta ambulante y protección de los consumidores*, Comercio no sedentario/venta ambulante en mercadillos. Distribución y consumo, ISSN 11320176, N°9, 1993, págs. 86, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2919466>.
- VI. AA.VV, (Dtors., PIÑAR MAÑAS, J.L., y BELTRAN SANCHEZ, E.) «Comentarios a la Ley de Ordenación del Comercio Minorista y a la Ley Orgánica complementaria), Ed. Civitas San Palo CEU, Madrid, 1997.
- VII. AA.VV, (Dtors., RODRIGUEZ ARTIGAS, F., GARCIA VILLAVERDE R., /Coord. ALONSO UREBA, A.) «Régimen jurídico general del comercio

minorista, Comentarios a la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, y la Ley Orgánica 2/1996 de 15 de enero, complementaria a la de Ordenación de Comercio Minorista», McGraw-Hill, Madrid, 1999.

- VIII. AA.VV, (Dtors., MANUBENS FLORENSA, C., ARIMANY LAMOGLIA, E., TKRNOS MAS, J., MARIN LOPEZ, J.J., CASES PALLARES, L./ Coord. ARIMANYY-MANUBENS&ASOCIADOS) «Ordenación del comercio minorista. Comentarios a la Ley 7/1996 y a la Ley Orgánica 2/1996, ambas de fecha 15 de enero», , Ed. Praxis, Barcelona,1996.
- IX. GONZÁLEZ VAQUÉ, L., «La noción de consumidor medio según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, ISSN 1138-4026, Año nº 8, Nº 17, 2004, p. 47-82
- X. NOGUERA DE LA MUELA, B., «La apertura de establecimientos comerciales y la venta ambulante en el ámbito local catalán en la actualidad», *Revista Vasca de Administración Publica*, ISSN 0211-956, Nº 99-100, 2014.
- XI. BERMUDEZ BALLESTEROS, M^oS., «El TSJUE señala los criterios para determinar si un *stand* temporal en una feria comercial se considera o no establecimiento mercantil», *Revista Centro de Estudios de Consumo (Publicaciones jurídicas)*, 2018, <http://centrodeestudiosdeconsumo.com>

Índice jurisprudencial. Resoluciones consultadas:

- I. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Octava) de 7 de agosto de 2018, *Verbraucherzentrale Berlin eV contra Unimatic Vertriebs GmbH*, Petición de decisión prejudicial planteada por el Bundesgerichtshof en el Asunto C-485/17. ECLI:EU:C:2018:642. <https://curia.europa.eu/>
- II. Sentencia 124/2003, de 19 de junio de 2003. Recursos de inconstitucionalidad 1254/96 y 1255/96 (acumulados). Promovidos por la Comunidad Foral de Navarra contra diversos artículos de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de ordenación del comercio minorista, y de la Ley Orgánica 2/1996, de 17 de enero, complementaria de aquélla. «BOE» núm. 170, de 17 de julio de 2003, páginas 92 a 110 (19 págs.), T.C. Referencia: BOE-T-2003-14319, <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/4899>.
- III. Sentencia 88/1986, de 1 de julio, (BOE núm. 174, de 22 de julio de 1986), ECLI:ES:TC:1986:88, <http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/651>.
- IV. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 8 de marzo de 2018, *DOCERAM*, C-395/16 EU:C:218:172, apartado 20.
- V. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 30 de abril de 2014, C-26/13 EU:C:2014:282 apartado 74.
- VI. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 26 de octubre de 2016, C-611, EU:C:2016:800 apartado 39
- VII. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 20 de septiembre de 2017, C-186 EU:C:2017:703 apartado 47.
- VIII. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 12 de mayo de 2011, C-122/10, EU:C:2011:299.
- IX. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 19 de junio de 1990, C-213/89 , ECLI:EU:C:1990:257.
- X. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala cuarta) de 2 de mayo de 2019, C-614/17, ECLI:EU:C:2019:334
- XI. Sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de febrero de 1963. *NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos contra Administración*

fiscal holandesa. Petición de decisión prejudicial: Tariefcommissie - Países Bajos. Asunto 26-62. ECLI:EU:C:1963:1.

XII. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Quinta) de 16 de julio de 1998, C-210/96, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:61996CJ0210_SUM&from=EN

XIII. Sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de julio de 1964. Flaminio Costa contra E.N.E.L. , Petición de decisión prejudicial: Giudice conciliatore di Milano - Italia. , Asunto 6-64, ECLI:EU:C:1964:66.

Índice normativo:

- I. Ley 7/1996 de 15 de enero de Ordenación del comercio Minorista. Con entrada en vigor el 06/02/1996. Publicado en «BOE» núm. 15, de 17/01/1996. Referencia BOE-A-1996-1072
- II. Texto refundido de la Ley de Estatuto de los Trabajadores aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre. Publicado en «BOE» num. 255, de 24/10/2015. Con entrada en vigor el 13/11/2015. Referencia BOE-A-2015-11430
- III. Ley 26/1991, de 21 de noviembre, sobre contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles. Publicada en BOE núm. 283, de 26 de noviembre de 1991. Referencia BOE-A-1991-28519.
- IV. Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre
- V. Real Decreto 199/2010, de 26 de febrero, por el que se regula el ejercicio de la venta ambulante o no sedentaria, «BOE» núm. 63, de 13 de marzo de 2010, páginas 25022 a 25026 (5 págs.), BOE-A-2010-4173, <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2010-4173>
- VI. Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias. «BOE» núm 287, de 30/11/2007. BOE-A-2007-20555, <https://www.boe.es/eli/es/rdlg/2007/11/16/1/con>.
- VII. Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, <https://www.boe.es/doue/2010/083/Z00047-00199.pdf>

- VIII. Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011 sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, <https://www.boe.es/doue/2011/304/L00064-00088.pdf>
- IX. Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006 relativa a los servicios en el mercado interior. DOUE núm. 376, de 27 de diciembre de 2006, páginas 36 a 68. DOUE-L-2006-82665.
- X. Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de mayo de 2005 relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, que modifica la Directiva 84/450/CEE del Consejo, las Directivas 97/7/CE, 98/27/CE y 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (CE) no 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo.