

LES MESURES DE DISCIPLINA ADMINISTRATIVA AMB RELACIÓ AL FENOMEN DEL TOP MANTA

Roger Càmara Mas*

Resum

El present treball té com a objecte l'estudi de les diferents mesures de disciplina administrativa que preveu l'ordenament jurídic que poden ésser d'aplicació en els supòsits de l'exercici de la venda ambulant sense autorització. S'efectua una anàlisi de les sancions administratives, les mesures provisionals i les mesures sumaríssimes, així com també la interrelació d'aquestes mesures amb el dret penal. No es pot desconèixer que l'exercici d'aquesta modalitat de venda és susceptible d'ésser constitutiva d'un delictes contra la propietat industrial previst a l'article 274.3 del Codi penal o contra la propietat intel·lectual previst a l'article 270.4 del Codi penal.

Paraules clau: disciplina administrativa; venda ambulant; dret administratiu sancionador; propietat industrial; top manta.

ADMINISTRATIVE DISCIPLINARY MEASURES RELATED TO THE 'TOP MANTA' PHENOMENON

Abstract

This study aims to identify the different administrative disciplinary measures established in the legal system that maybe applied in cases of unauthorised street vending ('top manta'). An analysis is carried out of administrative penalties, provisional and expeditious measures, as well as the way these measures interrelate with penal law. It is well known that the exercising of this mode of vending can constitute a crime against industrial property, as provided for in article 274.3 of the Penal Code, or against intellectual property, as provided for in article 270.4 of the Penal Code.

Key words: administrative discipline; street selling; administrative law penalties; industrial property; unlicensed street vending; unauthorised street vending; top manta.

* Roger Càmara Mas, llicenciat en dret per la Universitat Rovira i Virgili. Postgrau en dret de l'ordenació territorial i urbanística per la Universitat Pompeu Fabra i especialista universitari en funció pública per la UNED. Responsable dels serveis jurídics de l'Ajuntament del Vendrell, plaça Vella, 1, 43700 El Vendrell. rcamara@elvendrell.net.

Article rebut el 02.04.2017. Avaluació cega: 25.04.2017 i 25.04.2017. Data d'acceptació de la versió final: 07.09.2017.

Citació recomanada: CÀMARA MAS, Roger. «Les mesures de disciplina administrativa amb relació al fenomen del top manta». *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 55 (desembre 2017), p. 67-83, DOI: [10.2436/rcdp.i55.2017.2968](https://doi.org/10.2436/rcdp.i55.2017.2968).

Sumari

- 1 Introducció
- 2 El règim d'intervenció administrativa municipal en l'exercici de la venda ambulat
- 3 Dret penal i top manta
- 4 Les mesures de disciplina administrativa
 - 4.1 Les sancions administratives
 - 4.2 Les mesures sumaríssimes
 - 4.2.1 La intervenció i captura dels instruments utilitzats per la comissió de la infracció i els diners, fruits o els productes directament obtinguts
 - 4.2.2 La retirada dels béns i la seva destrucció
 - 4.3 Les mesures provisionals
- 5 Bibliografia

1 Introducció

El top manta és un fenomen que en els últims anys ha tingut un creixement importantíssim en molts municipis de la nostra zona, especialment els costaners. Lluny de convertir-se en una tipologia de venda residual, ha anat agafant cada vegada més força i suposa una problemàtica de primer ordre de difícil solució per als ajuntaments dels municipis on s'exerceix. A més, tal com s'encarrega de destacar l'*Informe sobre el comerç irregular a la via pública*, de febrer de 2016, del Síndic de Greuges, té una incidència negativa en diferents sectors: social, penal, fiscal, laboral, ús dels espais públics, protecció del consumidor i lliure competència.

Tot i que és l'últim esglaió d'una escala organitzada de comerç il·legal, és el més visible. Això suposa que moltes de les actuacions que es porten a terme es dirigeixen contra el col·lectiu de venedors ambulants, fet que provoca situacions conflictives amb les forces i cossos de seguretat, així com també problemes d'ordre públic. Diferents incidents s'han produït aquests últims anys, algun d'ells de fatal desenllaç, com la mort d'un ciutadà senegalès a Salou que es va precipitar des del balcó d'un tercer pis després d'una operació dels Mossos d'Esquadra contra el comerç il·legal.¹

No es pot oblidar que aquest col·lectiu és víctima d'aquestes organitzacions, les quals l'exploren en benefici propi, i que en ocasions els manters es troben de forma irregular al país i en una complicada situació socioeconòmica. Tots aquests components suposen que la prevenció i l'erradicació de la venda il·legal sigui complexa.

El present article té com a finalitat l'estudi del fenomen dels del punt de vista del dret administratiu, concretament dels mecanismes previstos per l'ordenament jurídic per combatre la problemàtica. També es farà referència a la vessant penal de l'exercici de l'activitat, que ha donat lloc a una jurisprudència de les audiències provincials contradictòria i ha motivat diferents modificacions legislatives del Codi penal.

2 El règim d'intervenció administrativa municipal en l'exercici de la venda ambulat

L'entrada en vigor de la Directiva 2006/123/CE del Parlament Europeu i del Consell, de 12 de desembre de 2006, relativa als serveis en el mercat interior, ha suposat una veritable revolució del règim d'intervenció administrativa en l'activitat dels particulars. El paper preeminent que ha desenvolupat la tradicional llicència administrativa com a modalitat de control previ a l'exercici de les activitats s'ha vist substituït per les declaracions responsables i les comunicacions prèvies, modalitats de control a posteriori.² En vista de l'aprovació d'aquesta norma, així com les diferents normes de transposició a l'ordenament jurídic intern de l'esmentada directiva,³ es planteja la disjuntiva si en l'àmbit de la venda ambulat s'ha de considerar vigent aquest règim de control preventiu o si bé és aplicable el règim de control *ex post*. L'article 10.1 del Decret legislatiu 1/1993, de 9 de març, sobre comerç interior, pel qual s'aprova la refosa en un text únic dels preceptes de la Llei 1/1983, de 18 de febrer, i la Llei 23/1991, de 29 de novembre (en endavant, DLCI), derogat recentment per la disposició derogatòria única de la Llei 18/2017, d'1 d'agost, de comerç, serveis i fires (en endavant, LCSF), subjectava l'exercici de la venda no sedentària en els espais i les vies públiques municipals al règim d'autorització administrativa.

El preàmbul del Decret legislatiu 3/2010, de 5 d'octubre, per a l'adequació de normes amb rang de llei a la Directiva 2006/123/CE del Parlament i del Consell, de 12 de desembre de 2006, relativa als serveis en el mercat interior, justificava el manteniment del règim d'autorització administrativa per a aquesta modalitat de venda en els termes següents: «[...] Pel que fa al text refós sobre comerç interior, només s'admet el manteniment del règim d'autorització en determinats tipus de venda quan ho justifiquin raons imperioses d'interès general.

1 <http://www.elpuntavui.cat/societat/article/5-societat/885086-la-mort-dun-ltop-manta-encen-salou.html>

2 BAUZÀ MARTORELL, Felio J. «Declaración responsable y comunicación previa. Consideraciones críticas del procedimiento administrativo a raíz de la Ley Ómnibus». *Diario La Ley* [La Ley], núm. 7419 (2010).

3 En l'àmbit estatal, la Llei 17/2009, de 23 de novembre, sobre el lliure accés a les activitats de serveis i el seu exercici (Llei paraigües), i la Llei 25/2009, de 22 de desembre, de modificació de diferents lleis per a l'adaptació a la Llei sobre el lliure accés a les activitats de serveis i el seu exercici (Llei òmnibus). En l'àmbit de Catalunya, el Decret legislatiu 3/2010, de 5 d'octubre, per a l'adequació de normes amb rang de llei a la Directiva 2006/123/CE del Parlament i del Consell, de 12 de desembre de 2006, relativa als serveis en el mercat interior.

D'acord amb aquest principi, se suprimeix el règim d'autorització per a la venda domiciliària i per a la venda a distància, i es simplifiquen els requisits per dur a terme determinades activitats.

L'afectació de l'espai públic i la limitació del nombre de prestadors que en deriva, comporta el manteniment del règim d'autorització en la venda no sedentària. Atès que el nombre d'autoritzacions és limitat, s'estableix que no es poden atorgar per temps indefinit i es preveu un termini màxim que es considera suficient, en tot cas, per permetre l'amortització de les inversions i una remuneració equitativa dels capitals invertits [...]».

En la mateixa línia, tot i no ésser d'aplicació, el preàmbul del Reial decret 199/2010, de 26 de febrer, pel qual es regula l'exercici de la venda ambulant o no sedentària, destaca que l'exercici de la venda ambulant s'ha de sotmetre a autorització administrativa pel fet que requereix l'ús del domini públic, que s'ha de conciliar amb raons imperioses d'interès general com l'ordre públic, la seguretat i la salut pública.⁴

El 4 d'agost de 2017 ha entrat en vigor la LCSF, que ha establert un nou règim jurídic en l'exercici de l'activitat comercial i la prestació de serveis. Tot i així, pel que fa a l'exercici de la venda no sedentària, no ha incorporat novetats significatives en la seva regulació. L'article 15.4 de la LCSF manté el règim d'autorització administrativa en la mateixa línia que les normes antecessores quan disposa que correspon als ajuntaments, mitjançant una ordenança municipal, autoritzar la venda i la prestació de serveis mitjançant estructures o parades desmuntables o vehicles botiga en espais de titularitat pública, sigui quina en sigui la modalitat; determinar-ne les dates i la periodicitat; delimitar el perímetre on se celebren; i delimitar el nombre total de parades, les dimensions, l'oferta i les condicions dels marxants per accedir-hi. És d'interès destacar que si l'ajuntament no disposa de l'ordenança municipal corresponent, s'entén que el municipi en qüestió no autoritza aquesta modalitat de venda en espais de titularitat pública.

De conformitat amb l'article 15.5 de la LCSF, les autoritzacions per a l'exercici de la venda no sedentària en els mercats de marxants tenen caràcter transmissible i una durada mínima de quinze anys prorrogables de forma expressa per un període igual amb vista a l'amortització de les inversions i una remuneració equitativa dels capitals invertits.

Com es pot observar, hi ha una íntima connexió entre l'exercici de l'activitat econòmica i l'ús del domini públic. L'exercici de la venda ambulant té lloc en espais de domini públic com carrers, places o passejos marítims de titularitat municipal. Aquesta ocupació per a l'exercici de l'activitat constitueix un ús privatiu del domini públic municipal, ja que exclou la seva utilització per part d'altres interessats d'acord amb l'article 57.1 del Decret 336/1988, de 17 d'octubre, pel qual s'aprova el Reglament del patrimoni dels ens locals (RPEL, en endavant). El fet que aquesta tipologia de venda ambulant s'efectuï sense la col·locació de cap tipus d'instal·lació sobre el domini públic, ni fixa ni desmuntable, suposa que pugui classificar-se com un ús privatiu que no comporta la transformació ni la modificació del domini públic subjecte a llicència municipal d'acord amb els articles 218.4 del Decret legislatiu 2/2003, de 28 d'abril, pel qual s'aprova el text refós de la Llei municipal i de règim local de Catalunya, i 57.2 del RPEL.⁵ En conseqüència, el règim d'intervenció administrativa dels ens locals en aquest àmbit presentarà una naturalesa bifront en tenir un doble objecte: autoritzar l'exercici de l'activitat econòmica en un sentit estricte i autoritzar l'ús del domini públic amb vista a l'exercici d'aquesta activitat.⁶ Una de les conseqüències que es derivaran de l'ús del domini públic és la

4 El Tribunal Constitucional en Sentència 143/2012, de 2 de juliol, va estimar el conflicte positiu de competències interposat pel Govern de la Generalitat contra el RD 199/2010, de 26 de febrer, perquè vulnerava les competències de la comunitat autònoma de Catalunya.

5 L'article 57.2 del RPEL estableix que l'ús privatiu que no comporta la transformació o la modificació del domini públic resta subjecte a l'atorgament d'una llicència d'ocupació temporal que origina una situació de possessió precària essencialment revocable per raons d'interès públic i amb dret a indemnització, si s'escau.

6 CANO CAMPOS, Tomás. «Las autorizaciones municipales para el ejercicio de la venta ambulante: su confuso fundamento». *Estudios y comentarios. La Administración al Día* [INAP], (2011), pàg. 6-7: «la justificación de la autorización administrativa para realizar la venta ambulante no sólo reside en la utilización del dominio público presente casi en todas las modalidades de venta ambulante, sino también en razones imperiosas de interés general relacionadas con el comercio ambulante, como la seguridad y la salud pública, la protección de los consumidores, la salubridad pública, la tutela del medio ambiente y del entorno urbano, el tránsito de personas y vehículos, etc., por lo se trataría de una autorización mixta, como dejan traslucir la mayor parte de las normas que la contemplan cuando, junto al uso del espacio público, aluden de inmediato a la concurrencia de imperiosas razones de interés general. Estas razones, aunque indudablemente están relacionadas con el uso del espacio público, no por ello dejan de estar también conectadas con la distribución comercial ambulante o no sedentaria».

meritació de la taxa per l'aprofitament especial que se n'efectua prevista en l'article 20.1.a) del Reial decret legislatiu 2/2004, de 5 de març, pel qual s'aprova el text refós de la Llei reguladora de les hisendes locals. L'import de la taxa, amb caràcter general, s'ha de determinar prenent com a referència el valor que tindria en el mercat la utilitat derivada de l'ús dels espais en el supòsit que no fossin de domini públic.

Amb independència de la necessitat d'obtenir la preceptiva autorització administrativa per a l'exercici de la venda ambulante, els comerciants han de complir les condicions establertes per la normativa mercantil, per la LCSF i qualsevol altra disposició de caràcter general o sectorial d'acord amb les previsions de l'article 7 de la LCSF. Altrament, l'article 8.1 de la LCSF exigeix que les persones que exerceixin l'activitat comercial en l'àmbit territorial de Catalunya han de garantir el compliment de la normativa en matèria fiscal, laboral, de seguretat social, sanitària, de consum, d'accessibilitat i les corresponents a qualsevol altre àmbit que sigui aplicable a l'activitat específica que desenvolupen, inclosa la normativa d'àmbit municipal, i són responsables del dit compliment. A més, han de garantir el compliment de les disposicions contingudes en aquesta llei. Totes aquestes obligacions s'incomplixen de forma especial en l'exercici del top manta: s'exerceix una activitat sense l'autorització preceptiva, s'incomplixen les reglamentacions específiques aplicables als productes que es venen i no es satisfan els tributs per l'exercici de l'activitat, entre altres qüestions.

3 Dret penal i top manta

Tot i que no és l'objectiu principal d'aquest treball, i que l'aproximació que s'efectua sobre la matèria és molt breu, s'ha de fer referència a la vessant penal que representa l'exercici del top manta. Els productes que s'ofereixen mitjançant la pràctica d'aquesta modalitat de venda solen ser falsificacions de marques originals. Per tant, són conductes que poden trobar encaix en l'actual article 274.3 o en l'article 270.4 del Codi penal. Si bé en uns orígens els productes que s'oferien a la venda a baix preu eren majoritàriament discos compactes de música o videoreproduccions d'originals, suposem que com a conseqüència de les descàrregues per internet d'aquest material, aquesta tipologia de venda ha esdevingut residual. Per la seva importància i major presència, ens centrarem en l'estudi dels delictes contra la propietat industrial, tot i que no es pot desconèixer que aquestes conductes poden ésser constitutives d'un delicte contra la propietat intel·lectual previst a l'article 270.4 del Codi penal.

L'article 274.3 del Codi penal, en la nova redacció efectuada per la Llei orgànica 1/2015, de 30 de març, tipifica de forma específica la venda ambulante o ocasional de productes que incorporin un signe distintiu, idèntic o confusible amb un dret de propietat industrial registrat conforme a la legislació de marques, quan es tracti dels mateixos o similars productes sobre els quals hi hagi aquest dret registrat. Es preveu una pena de presó de 6 mesos a 2 anys. Per a aquells casos en els quals en atenció a les característiques del culpable i la reduïda quantia del benefici econòmic obtingut o que s'hagués pogut obtenir, sempre que no es produeixi cap de les circumstàncies de l'article 276, es podrà imposar la pena de multa d'un a sis mesos o treballs en benefici de la comunitat de 31 a 60 dies.

El preàmbul de la Llei orgànica 1/2015, de 30 de març, justifica aquesta reforma en la previsió d'un règim escalonat de responsabilitat penal en funció de la gravetat de la conducta. Amb aquesta finalitat, preveu la imposició d'una pena menor per la venda ambulante o ocasional dels productes i exclou la pena de presó en els supòsits d'escassa gravetat en atenció a les característiques del culpable i la reduïda quantia del benefici econòmic obtingut o que s'hagués pogut obtenir. Podem destacar els següents aspectes de la modificació normativa operada:

- a) El tipus penal preveu com a conducta típica la venda ambulante o ocasional de productes. Amb anterioritat, només es feia referència de forma genèrica a la possessió per a la comercialització o la posada en el comerç de productes o serveis (antic article 274.2 del Codi penal, redacció vigent del 23 de desembre de 2010 fins a l'1 de juliol de 2015).
- b) Les penes estipulades per l'actual article 274.3 del Codi penal són idèntiques a les previstes per l'anterior redacció de l'article 274.2 del Codi penal, excepte la pena de multa en els casos de menor gravetat.⁷

⁷ En l'actualitat és d'un a tres mesos, mentre que abans, en els supòsits de distribució de venda al detall, la pena de multa era de tres a sis mesos.

- c) Com a conseqüència de la supressió de les faltes, desapareix la falta de l'article 623.5 del Codi penal per la realització de les conductes previstes pel paràgraf segon de l'article 274.2 de la norma quan el benefici no superi els 400 euros.

Sobre si el top manta pot ser constitutiu d'un delictes contra la propietat industrial, la jurisprudència no ha sigut pacífica. Aquesta realitat enllaça amb els pronunciaments jurisprudencials contradictoris que també s'han produït en el cas de l'enjudiciament dels top manta per la comissió de delictes contra la propietat intel·lectual.⁸

El primer extrem de la controvèrsia es situa sobre quin és el bé jurídic protegit pel Codi penal en aquests supòsits.⁹ Hi ha una línia jurisprudencial que assenyalava que el bé jurídic protegit pel precepte és essencialment el dret d'ús o d'explotació exclusiu d'una propietat industrial derivat de la seva inscripció en els registres corresponents, sense que el tipus requereixi l'existència d'un risc de confusió als consumidors dels productes.¹⁰ La ubicació d'aquest precepte en la secció segona del títol XI del Codi penal relativa als delictes contra la propietat industrial i no en la secció tercera corresponent als delictes relatius al mercat i als consumidors, reforça aquesta tesi.¹¹

La Sentència núm. 456/2016, de 5 de setembre, de l'Audiència Provincial de Madrid, Secció Setzena, és significativa. En el fonament jurídic quart es refereix a quin és el bé jurídic protegit per l'article 274.2 del Codi penal en els termes següents:

«[...] La doctrina mayoritaria y la jurisprudencia más moderna han establecido que la defensa de los consumidores no es el objeto de protección del artículo 274, incluido bajo la rúbrica de “Delitos relativos a la Propiedad Industrial”, colocándolo en una sección diferente de los delitos relativos al mercado y a los consumidores.

Si los consumidores resultaren engañados, defraudados o estafados entonces, además del artículo 274, podrán entrar en juego otros preceptos penales, esto es, los relativos a la estafa y a la defensa de los consumidores. Sin embargo, dicho engaño en ningún caso forma parte, ni es requisito para la concurrencia del tipo penal previsto en el artículo 274, que se refiere únicamente a los delitos contra la propiedad industrial.

El único bien jurídico protegido por tal tipo penal es el derecho de uso o explotación exclusivo de una propiedad industria y, por ello, pasa a ser irrelevante que el uso de la marca ajena pueda inducir o no a error en el consumidor. Tipifica de modo expreso, sin remisión a ley alguna, la comercialización de productos con una marca registrada con infracción de los derechos de exclusividad de la misma, como sucede en el caso de autos.

El requisito de confundibilidad ha de venir referido, como determina expresamente el artículo 274.1 del Código Penal, al propio signo distintivo ilícitamente utilizado por el infractor, que habrá de ser idéntico o confundible con aquel, no al producto en que se utilice, que sólo habrá de ser el mismo o similar que aquel para el que el derecho de la propiedad industrial se encuentre registrado.

Se trata, pues, de signos confundibles, no de confusión entre productos. Lo que hay que valorar no es la confundibilidad de los productos por parte de los consumidores en el momento de su adquisición, sino la confundibilidad de la marca con el distintivo imitado.

La capacidad o no de confusión de los productos por parte del consumidor en base a datos registrales, cuales podrían ser el lugar de venta, la mala calidad del producto, bajo precio, etc..., es irrelevante para el tipo del

8 Sobre aquesta qüestió, IRIBARREN OSCÁRIZ, Juan. «Top manta y derecho penal». *Sentencias de TSJ y AP y otros tribunales* [Cizur Menor: Aranzadi], núm. 9 (2006), pàg. 191-201, i CASTIÑEIRA PALOU, María Teresa; ROBLES PLANAS, Ricardo. «¿Cómo absolver a los “top manta”? (Panorama jurisprudencial)». *Revista para el Análisis del Derecho* [Barcelona: Indret], núm. 2 (2007).

9 Per qüestions temporals evidents, les sentències faran referència majoritàriament a l'antic article 274.2 del Codi penal, en la redacció vigent abans de la reforma efectuada per la Llei orgànica 1/2015, de 30 de març. Aquest precepte era el d'aplicació per sancionar el top manta.

10 Entre d'altres, podem destacar la Sentència núm. 220/2016, de 4 de maig, de l'Audiència Provincial d'Alacant, Secció Primera; Sentència núm. 273/2015, de 2 de juliol, de l'Audiència Provincial d'Almeria, Secció Tercera; Sentència núm. 32/2010, de 10 de febrer, de l'Audiència Provincial de Cadis, Secció Primera; Sentència de l'Audiència Provincial de les Illes Balears núm. 390/2010, de 30 de novembre, Secció Segona; Sentència núm. 582/2009, de 5 d'octubre, de l'Audiència Provincial de València, Secció Quarta.

11 Sentència núm. 39/2016, de 26 de gener, de l'Audiència Provincial de Màlaga, Secció Novena; Sentència núm. 166/2015, de 23 de juliol, de l'Audiència Provincial de Las Palmas, Secció Sisena.

artículo 274 del Código Penal.

Nos encontramos, como es el caso, ante delitos contra la propiedad industrial cuando se comercializan productos de forma consciente a la titularidad exclusiva de marcas, sin necesidad de engaño en el consumidor, por cuanto el legislador no ha supeditado la aplicación del tipo básico del artículo 274 a unas modalidades de venta, sino que debe ser aplicado cuando concurren los elementos objetivos y subjetivos del tipo.

La expresión comprendida en tal precepto de “un signo idéntico o confundible con aquel, para distinguir los mismos o similares productos” refiere la posibilidad de confusión a la virtualidad identificadora del signo, pero no a una característica propia del producto.

El derecho de propiedad industrial registrado conforme a la legislación se protege con independencia de que los productos induzcan o no a error al consumidor». ¹²

Per contra, altres pronunciaments destaquen que juntament amb aquest bé jurídic immediatament protegit, hi ha un altre bé jurídic mediat que el legislador pretén igualment garantir, com és l'ordre econòmic basat en la lliure competència i el mercat en el seu conjunt en interès de tots els agents que hi participen, empresaris i consumidors. Perquè pugui ser punible la conducta, es requereix l'existència d'un risc de confusió en els destinataris dels productes, és a dir, en els consumidors. La Sentència núm. 604/2009, de 9 de setembre, de l'Audiència Provincial de Sevilla, Secció Primera, destaca:

«En el precepto anteriormente citado, el bien jurídico inmediatamente protegido es el individual y particular correspondiente al derecho de exclusiva del titular registral a la utilización y explotación en el comercio de los productos, servicios, actividades o establecimientos amparados por el derecho de propiedad industrial correspondiente, contra determinados ataques que por sus características lo lesionan gravemente; en definitiva, monopolio legal, uso y aprovechamiento exclusivos (SSTS 6 de mayo de 1992 y 22 de septiembre de 2000). Ahora bien, el bien jurídico mediat que lleva al legislador a incriminar penalmente las conductas atentatorias contra los derechos de propiedad industrial es la tutela del interés general, a través de la protección del orden económico basado en la libre competencia y del mercado en su conjunto, en interés de todos los participantes en el mismo; es decir, no sólo el de los empresarios competidores, sino también el interés colectivo de los consumidores y el propio interés público del Estado por el mantenimiento de un orden concurrencial no falseado (SSTS 6 de mayo de 1992 y 13 de diciembre de 1993). [...]

Con todo ello no se quiere decir que el bien jurídico protegido sea el interés del consumidor (el producto podría ser de mejor calidad que el original), en detrimento del derecho del empresario, pero sí implica la necesidad de relacionarlo de acuerdo con el objeto de ese derecho, que no es otro que la facultad de identificar y diferenciar sus productos o servicios en el mercado. Lo que es muy diferente a sostener que el bien protegido sea el patrimonio del empresario, pues esa premisa nos llevaría a castigar cualquier conducta que pueda acarrearle perjuicios económicos, solapando la jurisdicción civil. De modo que si ya están identificados y diferenciados los productos o servicios, desde la perspectiva de los operadores de ese tráfico mercantil, el Derecho Penal no debe actuar, pues en otro caso se correría el riesgo de tutelar penalmente aspectos tangenciales del derecho protegido. Si la conducta penalmente atípica provoca algún perjuicio para el empresario, éste podrá ejercitar las acciones civiles que le reconoce la Ley de Propiedad Industrial.

En definitiva, no puede pues negarse en la configuración del tipo la exigencia de un peligro de confusión, porque es precisamente ese peligro el que lesiona el derecho de los titulares de las marcas o patentes a una concurrencia leal en el mercado.

Dicho de otro modo, el requisito de la “confundibilidad”, es denominador común de las conductas típicas: “reproducción”, “imitación”, “modificación”, “o utilización de cualquier modo de un signo distintivo idéntico o confundible con aquél”, y ello no significa que el bien jurídico protegido sea la protección del consumidor.

El requisito de la “confundibilidad” se entiende porque precisamente la función esencial del signo distintivo, en especial de la marca, es identificar el origen del producto o servicio al que está incorporado dicho signo.

Cuando su usurpación puede impedir -por el riesgo de confusión- tal diferenciación, se lesiona el bien jurídico; el derecho de exclusividad del uso del signo distintivo».

Per a determinar si es produeix o no aquest risc de confusió, la jurisprudència té en compte diferents criteris:

- a) Les circumstàncies d'adquisició dels objectes no autèntics.

¹² En els mateixos termes es pronuncia la Sentència núm. 214/2015, de 24 de març, de l'Audiència Provincial de Barcelona, Secció Segona.

- b) El preu de venda dels objectes, en comparació amb els originals.
- c) La tinença o emissió de factures en el lloc de venda.
- d) La professionalitat dels venedors dels objectes no autèntics.
- e) La impossibilitat que els objectes siguin originals amb defectes.

El fet que la venda tingui lloc al carrer, fora dels establiments comercials, i essencialment el baix preu dels productes que s'hi ofereixen, són elements que exclouen la inducció a l'error al consumidor. Aquests elements són un denominador comú en la modalitat de venda que representa el top manta. En els termes que utilitza la Sentència núm. 43/2007, de 8 de març, de l'Audiència Provincial de Huelva, Secció Primera, «las ventas al menudeo, en puestos callejeros o mercadillos, ni representan peligro de engaño para un consumidor mínimamente avisado ni merman (con su inferior calidad) el prestigio de las marcas ni reducen, en porcentaje estimable, la clientela de las auténticas. Carecen de adecuación típica para lesionar o poner en peligro, en términos relevantes, el bien jurídico protegido». El comprador coneix perfectament que els productes que adquireix no són de marques autèntiques.¹³ Per aquest motiu, en atenció al bé jurídic indirectament protegit pel precepte, alguns tribunals dicten sentències de caràcter absolutori.

Un segon criteri de què han fet ús els tribunals per dictar sentències absolutòries és el principi d'intervenció mínima.¹⁴ Aquests pronunciaments enllacen l'aplicació d'aquest principi amb la no afecció de la conducta al bé jurídic protegit per la inexistència del risc de confusió al qual hem fet referència amb anterioritat. Consideren que els fets no tenen l'entitat suficient perquè sigui d'aplicació el dret penal.¹⁵ Si es prenguéssim com a certa aquesta premissa, una de les conseqüències de la inaplicació de les normes penals per a reprimir aquestes conductes seria l'aplicació de la normativa administrativa reguladora de la venda ambulants.¹⁶

No obstant, altres sentències no han admès, al nostre criteri de forma encertada, l'aplicació del principi d'intervenció mínima.¹⁷ Aquesta no admissió ve motivada pel fet que l'aplicació del principi correspon al legislador i no als jutges. El legislador és qui ha de determinar en el marc d'una política criminal quines han d'ésser les conductes que han de tenir rellevància penal. D'altra banda, el principi d'intervenció mínima té com a límit el principi de legalitat, de manera que aquest primer no pot ometre l'aplicació del segon.¹⁸

13 Sentència núm. 92/2015, de 5 de maig, de l'Audiència Provincial de Saragossa, Secció Sisena; Sentència núm. 516/2014, de 22 de setembre, de l'Audiència Provincial de Sevilla, Secció Primera; Sentència núm. 337/2011, de 30 de setembre, de l'Audiència Provincial de La Corunya, Secció Segona; Sentència núm. 506/2010, de 6 de setembre, de l'Audiència Provincial de València, Secció Cinquena; Sentència núm. 494/2010, de 29 de novembre, de l'Audiència Provincial de Guipúscoa, Secció Primera; Sentència núm. 6/2007, d'11 de gener, de l'Audiència Provincial de Múrcia, Secció Cinquena.

14 Sentència núm. 604/2009, de 9 de setembre, de l'Audiència Provincial de Sevilla, Secció Primera; Sentència núm. 494/2010, de 29 de novembre, de l'Audiència Provincial de Guipúscoa, Secció Primera; Sentència núm. 607/2010, de 20 de setembre, de l'Audiència Provincial de València, Secció Segona; Sentència núm. 521/2011, de 30 de juny, de l'Audiència Provincial de València, Secció Segona.

15 La Sentència núm. 516/2014, de 22 de setembre, de l'Audiència Provincial de Sevilla, Secció Primera, en el fonament jurídic setè disposa: «[...] Las personas que conocen las marcas y el valor que en el mercado se le da a los objetos individualizados con la misma no resultan burladas ni engañadas con los falsos, pues ni acuden a adquirirlos a puestos ambulantes instalados en mercadillos, ni los adquieren a precios irrisorios, creyendo que han hecho una ganga, por lo que no solo no resulta dañado el consumidor, sino tampoco el titular de tal marca; ni se desprestigia la misma con esos objetos no fabricados por el titular de ella; ni sufre perjuicio, o al menos un considerable perjuicio que pueda determinar, porque se insiste, quienes adquieren aquellos, son conscientes de que lo adquirido no son prendas o complementos de las marcas auténticas.

»Y ello ha de ponerse en relación con el principio de intervención mínima del derecho penal. La represión penal se reservará para aquellos comportamientos que verdaderamente sean merecedores de ella. Ello resulta conforme tanto con la pauta hermenéutica restrictiva en materia punitiva (artículo 4.2 del Código Civil) como con la de interpretación en coherencia con la realidad social (artículo 3.1 del mismo Código), resolviendo cualquier duda sobre el sentido de una norma penal a favor de su alcance más estricto».

16 Es pronuncia, en aquest sentit, la interlocutòria de l'Audiència Provincial de Biscaia, de 23 de juny de 2006, Secció Sisena.

17 Sentència núm. 495/2009, de 9 d'octubre, de l'Audiència Provincial de Granada, Secció Segona; Sentència núm. 743/2009, de 9 de novembre, de l'Audiència Provincial de Barcelona, Secció Sisena; Sentència núm. 428/2010, de 27 d'octubre, de l'Audiència Provincial de Madrid, Secció Segona; Sentència núm. 600/2013, de 19 de desembre, de l'Audiència Provincial de La Corunya, Secció Primera; Sentència núm. 166/2015, de 23 de juliol, de l'Audiència Provincial de Las Palmas, Secció Sisena; Sentència núm. 456/2016, de 5 de setembre, de l'Audiència Provincial de Madrid, Secció Setzena.

18 Sentència núm. 265/2012, de 18 de maig, de l'Audiència Provincial de La Corunya, Secció Primera.

4 Les mesures de disciplina administrativa

Les mesures de disciplina administrativa són tots aquells instruments que l'ordenament jurídic facilita a les administracions públiques amb vista al compliment dels requisits i pressupòsits legalment establerts per a l'exercici de la venda no sedentària. Sota aquest paraigües podem trobar les sancions administratives, les mesures provisionals i un subgènere d'aquestes últimes, les mesures sumaríssimes.

El primer problema és determinar si aquestes mesures poden ésser o no d'aplicació directa. En el supòsit que els fets no siguin constitutius d'un delictes contra la propietat industrial de l'article 274.3 del Codi penal o contra la propietat intel·lectual de l'article 270.4 del Codi penal, les mesures de disciplina administrativa podran ésser d'aplicació directa en els termes que estableixi la llei. Ara bé, en el cas que els fets puguin ésser constitutius de delictes tal com hem fet referència en l'anterior epígraf, el supòsit més habitual a la pràctica, la situació canvia de forma radical. L'element essencial que discernirà si la conducta pot ésser o no constitutiva d'un delictes de l'article 274.3 del Codi penal és si els productes que es destinen a la venda incorporen un signe distintiu idèntic o confusible amb un dret de propietat industrial registrat, sempre que aquests productes siguin iguals o similars als que imiten.¹⁹ En la majoria de casos, els productes que es destinaran a la venda en el top manta reuneixen aquests requisits, de manera que els fets podran ésser susceptibles de delictes.

Des del punt de vista del dret administratiu, l'exercici de la venda ambulat de forma il·lícita està previst com una infracció administrativa en els articles 37.7 de la Llei orgànica 4/2015, de 30 de març, de protecció de la seguretat ciutadana (LOPSC, en endavant) i 73.5 de la LCSF.²⁰ En conseqüència, si els fets poden ser constitutius d'un delictes tipificat en l'article 274.3 del Codi penal, ens podem trobar davant d'una concurrència d'il·lícits, un de caràcter administratiu i un altre de penal, previstos en normes diferents que tutel·len distints béns jurídics. No es lesiona el principi *non bis in idem*, perquè manca la identitat de fonament jurídic.²¹ El bé jurídic protegit per l'article 274.3 del Codi penal és la propietat industrial, mentre que en el cas de l'article 37.7 de la LOPSC i l'article 73.5 de la LCSF és l'exercici lícit de l'activitat comercial en connexió amb l'ús del domini públic amb les autoritzacions preceptives.

En aquest supòsit de concurrència d'il·lícits, en primer terme, han d'ésser els òrgans de la jurisdicció penal els que hauran de conèixer els fets. No podem oblidar que els fets declarats provats per les resolucions judicials penals fermes vinculen les administracions públiques en l'exercici de la potestat sancionadora tal com estableixen els articles 77 de la Llei 39/2015, d'1 d'octubre, del procediment administratiu comú de les administracions públiques, i 45.3 de la LOPSC, de manera que es fa necessària la resolució penal prèvia.²²

¹⁹ Com ja hem dit anteriorment, ens ocupem d'aquest tipus delictiu perquè en l'actualitat aquestes conductes típiques són les majoritàries.

²⁰ En realitat, els dos preceptes tipifiquen la mateixa infracció, de manera que només podrà ser d'aplicació un d'ells. Ens trobem davant d'un concurs normatiu: dues normes diferents tipifiquen els mateixos fets.

²¹ CANO CAMPOS, Tomás. «*Non bis in idem*, prevalencia de la vía penal y teoría de los concursos en el derecho administrativo sancionador». *Revista de Administración Pública* [Centro de Estudios Políticos y Constitucionales], núm. 156 (2001), pàg. 214: «El concurso de infracciones, sin embargo, nada tiene que ver con el *non bis in idem*. Su aplicación al Derecho administrativo sancionador no deriva de la necesidad de garantizar la prohibición de doble sanción por lo mismo, pues aunque se impusieran las sanciones correspondientes a cada infracción no se estaría sancionando lo mismo. La razón reside en que cuando estamos en presencia de un concurso de infracciones no se cumplen todos los requisitos del *non bis in idem*: o falta la identidad de hecho, porque hay una pluralidad de ellos (concurso real), o falta la identidad de fundamento, porque un solo hecho lesiona varios bienes jurídicos (concurso ideal)».

²² Sobre aquesta qüestió, la Sentència del Tribunal Constitucional 77/1983, de 3 d'octubre, va establir: «La subordinación de los actos de la Administración de imposición de sanciones a la autoridad judicial, exige que la colisión frente una situación jurisdiccional y una actuación administrativa haya de resolverse a favor de la primera. De esta premisa son necesarias consecuencias las siguientes: [...] b) la imposibilidad de que los órganos de la Administración lleven a cabo actuaciones o procedimientos sancionadores, en aquellos casos en que los hechos puedan ser constitutivos de delito o falta según el Código Penal o las leyes penales especiales mientras la autoridad judicial no se haya pronunciado sobre ellos; c) la necesidad respetar la cosa juzgada.

»La cosa juzgada despliega un efecto positivo, de manera que lo declarado por sentencia firme constituye la verdad jurídica y un efecto negativo, que determina la imposibilidad de que se produzca un nuevo pronunciamiento sobre el tema.

»4. (...) El principio *non bis in idem* determina una interdicción de la duplicidad de sanciones administrativas y penales respecto de unos mismos hechos, pero conduce también a la imposibilidad de que, cuando el ordenamiento permite una dualidad de procedimientos, y en cada uno de ellos ha de producirse un enjuiciamiento y una calificación de unos mismos hechos, el enjuiciamiento y la calificación que en el plano jurídico puedan producirse se hagan con independencia, si resultan de la aplicación de normativa diferentes, pero

L'administració té el deure de paraitzar el procediment sancionador quan hi hagin indicis que els fets puguin ésser constitutius de delictes, encara que no s'hagin iniciat actuacions penals i no concorri la triple identitat requerida de fets, subjectes i fonaments jurídics.²³

Les administracions públiques s'hauran d'abstenir d'adoptar *ab initio* cap mesura de disciplina administrativa i esperar que els òrgans de la jurisdicció penal dictin sentència ferma.²⁴ Una vegada s'hagi dictat sentència penal ferma, els òrgans administratius podran instruir el corresponent procediment i dictar la resolució que el finalitzi d'acord amb l'article 90 de la Llei 39/2015, d'1 d'octubre, del procediment administratiu comú de les administracions públiques, amb plena vinculació als fets declarats provats per la sentència penal ferma.

La qüestió rau a determinar quina sanció es pot imposar a la vista de la sanció penal prèvia. L'ordenament jurídic no dona resposta a aquest interrogant. Ho fa només en els supòsits de concurrència d'il·lícits penals²⁵ o en el cas de concurrència de determinats il·lícits administratius,²⁶ però no en el cas d'aquesta concurrència mixta d'il·lícits. En tot cas, les solucions que preveu l'ordenament jurídic tenen com a finalitat atenuar les conseqüències negatives que tindria l'aplicació *strictu sensu* de les penes previstes per cada infracció de forma separada. Una possible solució a aquesta concurrència de sancions podria ser l'adopció del criteri establert en l'article 31.2 de la Llei 40/2015, d'1 d'octubre, de règim jurídic del sector públic per d'altres conflictes. Aquest article estipula l'obligació de l'òrgan competent de sancionar, de tenir en compte la sanció imposada per un òrgan de la Unió Europea amb caràcter previ sobre els mateixos fets, en absència d'identitat de subjecte i fonament, als efectes de graduar la sanció que cal imposar i de minorar-la, sens perjudici de declarar la comissió de la infracció.²⁷ L'òrgan administratiu hauria de considerar la pena imposada per l'òrgan penal a l'efecte de graduar la sanció que ha d'imposar, de manera que el resultat final de la imposició de les dues sancions fos proporcional a la gravetat dels fets comesos. Malgrat tot, l'aplicació d'aquest criteri en el cas de la concurrència d'un delictes contra la propietat industrial o intel·lectual i d'una infracció administrativa per l'exercici de la venda ambulants sense autorització, no és fàcil. Aquesta compensació pot aplicar-se amb més facilitat en el cas que ambdues sancions imposades siguin de caràcter pecuniari. Per contra, si la pena imposada per l'òrgan penal és la realització de treballs en benefici de la comunitat o de presó, més dificultat tindrà aquesta compensació per l'òrgan administratiu. En qualsevol cas, hauria estat desitjable que el legislador hagués previst alguna solució en la redacció de la nova llei de règim jurídic del sector públic per a aquests tipus de situacions.

que no pueda ocurrir lo mismo en lo que se refiere a la apreciación de los hechos, pues es claro que unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado.

»Consecuencia de lo dicho, puesto en conexión con la regla de la subordinación de la actuación sancionadora de la Administración a la actuación de los Tribunales de Justicia es que la primera, como con anterioridad se dijo, no puede actuar mientras no lo hayan hecho los segundos y deba en todo caso respetar, cuando actúe a posteriori, el planteamiento fáctico que aquéllos hayan realizado, pues en otro caso se produce un ejercicio del poder punitivo que traspasa los límites del artículo 25 de la Constitución y viola el derecho del ciudadano a ser sancionado sólo en las condiciones estatuidas por dicho precepto».

23 En aquest sentit, es pronuncia ALARCÓN SOTOMAYOR, Lucía. *La garantía del non bis in idem y el procedimiento administrativo sancionador*. Madrid: Iustel, 2008, pàg. 113-118. ISBN 978-84-96717-82-4.

24 Si més no, amb caràcter general. Hi ha alguna excepció en el cas de l'adopció de mesures cautelars en els termes previstos per l'article 5.4 del Decret 278/1993, de 9 de novembre, sobre el procediment sancionador d'aplicació als àmbits de competència de la Generalitat. El precepte disposa que la substanciació del procés penal no impedeix el manteniment de les mesures cautelars, ni tampoc l'adopció d'aquelles altres que siguin imprescindibles per al restabliment de la situació física alterada o que tendeixen a impedir nous riscos per a les persones o danys en els béns o medi protegits. En aquest últim supòsit, se n'informarà a l'autoritat judicial responsable del procediment penal.

25 L'article 77.2 del Codi penal, en els casos en què un sol fet sigui constitutiu de dos o més delictes, s'aplicarà en la seva meitat superior la pena prevista per la infracció més greu, sense que pugui excedir de la que representi la suma de les que corresponguessin aplicar si es sancionessin separadament les infraccions. Quan la pena es computi d'aquesta manera i superi aquest límit, es sancionaran les infraccions per separat.

26 L'article 31.2 de la LOPSC disposa que, en el cas que un sol fet constitueixi dues o més infraccions o quan una d'elles sigui el mitjà necessari per la comissió d'una altra, la conducta serà sancionada per aquella infracció que apliqui una sanció més gran.

27 Aquest article té un precedent clar en l'article 5.2 del RD 1398/1993, de 4 d'agost, pel qual s'aprova el Reglament del procediment per l'exercici de la potestat sancionadora, ja derogat. La diferència és que aquest precepte parlava de «compensar» en comptes de «minorar».

4.1 Les sancions administratives

El mecanisme repressor per excel·lència del qual disposa l'Administració és el de la sanció administrativa. De forma específica, i a diferència de la seva antecessora, la LOPSC tipifica en l'article 37.7 com a infracció lleu l'ocupació de la via pública per la venda ambulants no autoritzada. Cal destacar que aquest precepte, conjuntament amb els articles 20 i 35.1, els punts 1, 2, 8, 22 i 23 de l'article 36 i la disposició final primera de la LOPSC, han estat objecte d'un recurs d'inconstitucionalitat promogut per part del Parlament de Catalunya.²⁸ Així mateix, el Ple del Tribunal Constitucional, mitjançant providència de 9 de juny de 2015 (BOE núm. 143, de 16 de juny de 2015), va acordar també l'admissió a tràmit del recurs d'inconstitucionalitat núm. 2896-2015, interposat per més de 50 diputats dels grups parlamentaris Socialista, IU, ICV-EUiA, CHA: La Izquierda Plural, Unión Progreso y Democracia i el grup mixt del Congrés dels Diputats contra els articles 19.2, 20.2, 36.2, 36.23 i 37.1 en relació amb els articles 30.3, 37.3 i 37.7 i la disposició final primera de la LOPSC.

Per la comissió d'aquesta infracció, l'article 39.1 de la LOPSC preveu una pena de multa de 100 a 600 euros. Així mateix, l'article 39.2.b) de la llei preveu com a sanció accessòria la facultat de procedir al comís dels béns, mitjans o instruments amb què s'hagi preparat o executat la infracció i, si s'escau, dels efectes procedents d'aquesta, llevat que uns o altres pertanyin a un tercer de bona fe no responsable de la infracció que els hagi adquirit legalment.

En l'àmbit del top manta, la sanció econòmica esdevé ineficaç com a mecanisme repressor i de prevenció per la comissió de noves infraccions. Els infractors són persones que es troben en una situació socioeconòmica precària i, en ocasions, de forma irregular al país. Per tant, possiblement no satisfaran voluntàriament la multa econòmica imposada i la via de constrenyiment serà infructuosa en no disposar de patrimoni contra el qual l'Administració pugui dirigir-se. A més, la tramitació de l'expedient administratiu no és senzilla. Els intents de notificació dels actes administratius que es dicten en el marc del procediment sancionador són, en la majoria d'ocasions, infructuosos, de manera que l'Administració ha de recórrer a la publicació edictal amb habitualitat.

En segon lloc, amb referència al comís dels béns, no té sentit si la imposició d'aquesta sanció accessòria no és una ratificació del comís adoptat amb anterioritat com a mesura sumaríssima. En cas contrari, en el moment en què es dicti la resolució sancionadora que posi fi al procediment administratiu, haurà transcorregut un temps més que excessiu des del moment de la comissió de la infracció, motiu pel qual els béns probablement ja no estaran en possessió de l'infractor.

En la mateixa línia que la LOPSC, l'article 73.5 de la LCSF estableix com a infracció administrativa de caràcter greu dur a terme la venda no sedentària sense tenir l'autorització administrativa. L'article 76.b) de la LCSF preveu multes d'entre 20.001 euros i 100.000 euros per la comissió d'aquestes infraccions. No obstant, pot ésser d'aplicació l'article 77.2.a) de la mateixa norma, que possibilita la imposició d'una sanció inferior a la que correspondria, si s'aprecia una evident disminució de la culpabilitat de l'imputat o de l'antijuridicitat del fet infractor com a conseqüència de la concurrència significativa de com a mínim dos dels criteris previstos en l'apartat primer. És evident que poden tenir la consideració de circumstàncies atenuants el volum de vendes i la quantia del benefici il·lícit obtingut en vista de les característiques d'aquest tipus de venda. En aquest sentit, la sanció que cal imposar podria ésser d'una multa de fins a 20.000 euros.

Per la comissió d'aquest tipus d'infracció, ha desaparegut l'extensió de la responsabilitat dels fets a les persones adquirents dels béns efectuada anteriorment per l'article 45.a) apartat primer del DLCI ja derogat. La LCSF només la manté per la comissió de les infraccions de caràcter lleu previstes a l'article 72.4 de la norma consistents en l'exercici de la venda no sedentària incomplint el que estableix aquesta llei, els reglaments que la despleguen i les ordenances municipals que la regulen. Aquesta supressió s'ha de valorar negativament, en ser una eina important per combatre el fenomen com a mecanisme dissuasiu per evitar la compra de productes. És un fet notori que el comprador és coneixedor que aquesta modalitat de venda s'exerceix sense les condicions legalment establertes. El baix preu de compra dels productes, entre altres factors, és la contrapartida a la manca de les garanties de seguretat, a la no satisfacció dels impostos derivats

²⁸ El Ple del Tribunal Constitucional, mitjançant providència de 21 de juliol de 2015, va admetre a tràmit el recurs d'inconstitucionalitat núm. 3848-2015 (BOE núm. 177, de 25 de juliol de 2015).

de l'exercici de l'activitat o a l'absència de les autoritzacions pertinents per a l'exercici de la venda i l'ocupació de l'espai públic. Aquests extrems són perfectament coneguts pels compradors, de manera que amb la seva adquisició cooperen en certa manera en la comissió de la infracció. En la figura del comprador la sanció administrativa pot tenir l'eficàcia que no té quan s'imposa als venedors.

Tant l'article 37.7 de la LOPSC com l'article 73.5 de la LCSF tipifiquen uns mateixos fets. En conseqüència, ambdues normes no poden ésser d'aplicació simultània per castigar els fets, ja que suposaria una infracció del principi *non bis in idem*. Aquest supòsit de concurrència normativa s'hauria de resoldre a favor del DLCI, perquè preveu una sanció més elevada.²⁹

Des del punt de vista de la protecció del consumidor, l'exercici de la venda ambulants no autoritzada suposa també la comissió de diferents infraccions administratives que es troben tipificades en la Llei 22/2010, de 20 de juliol, del Codi de consum de Catalunya (en endavant, CCC). Sense ànim de ser exhaustius, podem destacar les següents:

- a) Incomplir les disposicions sobre la seguretat dels béns posats al mercat a disposició de les persones consumidores. Article 331-1.a) del CCC. Infracció de caràcter greu.³⁰
- b) Atorgar qualsevol distintiu que per la seva aparença o configuració pugui induir a error a les persones consumidores. Article 331-2.d) del CCC. Infracció de caràcter greu.
- c) Incomplir les disposicions que regulen la informació i la publicitat dels preus dels béns i serveis. Article 331-3.a) del CCC. Infracció de caràcter greu.
- d) No lliurar la factura o el comprovant de la venda dels béns. Article 331-3.g) del CCC. Infracció de caràcter lleu.³¹
- e) No formalitzar les assegurances, els avals o les altres garanties imposades normativament en benefici de les persones consumidores. Article 331-4.a) del CCC. Infracció de caràcter lleu.
- f) No complir les disposicions que regulen el marcatge, l'etiquetatge i l'envasament de productes. Article 331-4.c) del CCC. Infracció de caràcter lleu.
- g) No disposar de fulls oficials de reclamació o denúncia o no anunciar-ne l'existència. Article 331-4.m) del CCC. Infracció de caràcter lleu.

L'article 333-1, apartat primer, lletres *a* i *b*, del CCC estableix les sancions aplicables a les infraccions lleus i greus. A part de la sanció de multa,³² que es graduarà d'acord amb un singular sistema de circumstàncies

²⁹ L'article 31.1 de la LOPSC, seguint el criteri de l'article 8.2 del Codi penal, estableix les regles per resoldre els conflictes de concurrència normativa. Es determinen les regles següents: el precepte especial s'ha d'aplicar amb preferència al general; el més ampli o complex, absorbeix el que sancioni les infraccions consumides en aquell; en defecte dels criteris anteriors, el precepte més greu exclou els que sancionin els fets amb una sanció menor.

³⁰ L'apartat primer de l'article 332-3 del CCC determina que tenen la qualificació de greus les infraccions que tipifiquen els articles següents:

- a) Els articles 331-1 i 331-2.
- b) Els apartats *a*, *b*, *c* i *d* de l'article 331-3.
- c) Els apartats *a* i *s* de l'article 331-4.
- d) Els apartats *a*, *b* i *c* de l'article 331-5.
- e) Els apartats *a*, *b*, *c*, *d* i *e* de l'article 331-6.

³¹ L'apartat primer de l'article 332-2 del CCC disposa que les accions o omissions tipificades com a infracció en matèria de defensa de les persones consumidores tenen la qualificació inicial de lleus, llevat que es puguin qualificar com a greus o molt greus d'acord amb el que estableix aquest capítol.

³² Per a les infraccions lleus, es pot imposar una multa de fins a 10.000 euros, en els graus que s'indiquen:

- grau baix: fins a 3.000 euros.
- grau mig: entre 3.001 euros i 7.000 euros.
- grau alt: entre 7.001 i 10.000 euros.

Per a les infraccions greus, es pot imposar una multa compresa entre 10.001 i 100.000 euros, en els graus que s'indiquen:

- grau baix: entre 10.001 i 30.000 euros.
- grau mig: entre 30.001 euros i 70.000 euros.
- grau alt: entre 70.001 i 100.000 euros.

agreujants, atenuants i mixtes, l'apartat segon del mateix precepte preveu com a sanció accessòria el comís i la destrucció de les mercaderies. L'article 333-4 del CCC concreta en quins termes es pot acordar el comís de les mercaderies: en els casos en els quals la mercaderia immobilitzada impliqui un risc no acceptable per a la salut, la seguretat, els interessos econòmics o el dret a la informació de les persones consumidores. Els productes objecte de venda en el top manta suposen un risc no acceptable per a la seguretat, els interessos econòmics i el dret a la informació de les persones consumidores en els termes que defineix el mateix Codi de consum. L'article 111-2.k) del CCC considera un risc no acceptable aquell risc que comporta que un bé no sigui segur. La lletra i) del mateix precepte defineix un bé segur com aquell que en condicions d'utilització normal o raonablement previsibles, incloses les condicions de durada i, si escau, de posada en servei, d'instal·lació i de manteniment, no presenta cap risc o només riscos mínims compatibles amb el bé o servei considerats acceptables dins del respecte a un nivell elevat de protecció de la salut, la seguretat i els interessos econòmics de les persones.

Amb referència a la seguretat dels productes, l'article 3.5 del Reial decret 1801/2003, de 26 de desembre, sobre seguretat general dels productes, determina que a l'efecte de l'adopció de les corresponents mesures administratives de reacció, s'estableix una presumpció *iuris tantum* que els productes són insegurs quan, entre altres factors, no tinguin les dades mínimes que permetin identificar el productor. Així mateix, la venda dels productes s'efectua sense l'emissió de la preceptiva factura, rebut o justificant corresponent a la transacció, extrem que constitueix un risc no acceptable per als interessos econòmics dels consumidors.³³ En la mateixa línia, hi ha una absència absoluta de garantia dels productes oferts, de manera que el consumidor no pot exercir els drets de reparació, substitució i rebaixa del preu en els termes previstos en el títol IV del llibre segon del Reial decret legislatiu 1/2007, de 16 de novembre, pel qual s'aprova el text refós de la Llei general per a la defensa dels consumidors i usuaris i altres lleis complementàries. També s'incompleix la normativa reguladora de l'etiquetatge dels productes tèxtils³⁴ i de calçat,³⁵ incompliment que incideix de forma directa en el dret a la seguretat i el dret a la informació dels consumidors. Fem referència a aquests productes perquè són els que majoritàriament es destinen a la venda. Per tant, a l'empara de l'article 333-4 del CCC, es pot acordar el comís del gènere.

Amb relació a la destrucció del gènere com a sanció accessòria, l'apartat primer de l'article 333-4 del CCC disposa l'obligació de destruir les mercaderies, si la seva utilització o consum comporta un perill per a la seguretat de les persones consumidores. Si els productes incompleixen la normativa reguladora de l'etiquetatge, si no es pot identificar el seu productor, o si la concurrència d'altres circumstàncies suposa un perill per a la seguretat dels consumidors, s'hauran de destruir. Aquest serà el supòsit més habitual en la pràctica.

4.2 Les mesures sumaríssimes

Una modalitat de les mesures provisionals la constitueixen les mesures sumaríssimes. Aquesta tipologia de mesures es caracteritza perquè els funcionaris habilitats les poden adoptar de forma directa sense necessitat que hi hagi un acte administratiu previ que les legítimi. Són mesures provisionals directament imposades per la llei, sense necessitat d'un acte processal previ que les habiliti.³⁶ A més, s'adopten *in situ*, en el moment en què es constata la infracció administrativa amb la finalitat d'evitar la continuïtat de l'activitat il·lícita. Aquesta immediatesa les converteix en una eina eficaç per lluitar contra el fenomen del top manta. Podem distingir dos grans tipus de mesures: d'una banda, les previstes per la LOPSC, consistents en la

33 L'article 123-2.b) del CCC estableix que les persones consumidores tenen dret a rebre dels proveïdors de béns i serveis una còpia del contracte, la factura, el rebut o el justificant dels pagaments efectuats en què consti, almenys, la identitat personal o social i fiscal del proveïdor o proveïdora, l'adreça, la quantitat pagada, el concepte pel qual se satisfà i la data.

34 Reial decret 928/1987, de 5 de juliol, relatiu a l'etiquetatge de composició dels productes tèxtils i el Reglament (UE) núm. 1007/2011 del Parlament Europeu i del Consell, de 27 de setembre de 2011, relatiu a les denominacions de les fibres tèxtils i a l'etiquetatge i marcatge de la composició en fibres dels productes tèxtils i pel qual es deroga la Directiva 73/44/CEE del Consell i les directives 96/73/CE i 2008/121/CE del Parlament Europeu i del Consell.

35 Reial decret 1718/1995, de 27 d'octubre, pel qual es regula l'etiquetatge dels materials utilitzats en els components principals del calçat. L'article 8.1 de la norma destaca que el detallista és responsable de la presència de l'etiquetatge sobre el calçat que vengui, així com que es correspongui amb el que estableix el Reial decret.

36 GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús; GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco. *Comentarios a la Ley de régimen jurídico de las administraciones públicas y procedimiento administrativo común*. 4a. ed. Cizur Menor: Aranzadi, 2007, pàg. 1915-1916. ISBN 978-84-470-2786-6.

intervenció i la captura dels instruments utilitzats per la comissió de la infracció i els diners, fruits o els productes directament obtinguts; i de l'altra, les previstes pel Codi de consum, consistents en la retirada dels béns i la seva destrucció.

Tot i aquesta distinció, tampoc no es pot desconèixer que arran de l'entrada en vigor de la LCSF, l'article 57.1.f) de la Llei faculta el personal inspector per adoptar, en casos d'urgència, les mesures provisionals pertinents, que posteriorment han d'ésser ratificades per l'òrgan competent en l'acord d'iniciació del procediment.

4.2.1 La intervenció i captura dels instruments utilitzats per la comissió de la infracció i els diners, fruits o els productes directament obtinguts

L'article 47.1 de la LOPSC preveu la intervenció i captura cautelar dels instruments utilitzats per la comissió de la infracció i els diners, fruits o els productes directament obtinguts, que es mantindran en els dipòsits establerts a l'efecte o sota la custòdia de les forces i cossos de seguretat mentre es tramita el procediment sancionador o fins que, en el seu cas, es resolgui la devolució o es decreti el comís. L'adopció d'aquesta mesura constitueix un mecanisme essencial a fi d'evitar la continuïtat de la comissió de la infracció administrativa tipificada en l'article 37.7 de la LOPSC consistent en l'ocupació de la via pública per l'exercici de la venda ambulante no autoritzada. Si s'intervenien els béns, s'impedeix que es posin de nou a la venda, ja sigui el mateix dia o en dies successius. Malgrat tot, fruit de la gran capacitat d'adaptació de les organitzacions que es dediquen a aquest mercat, a diferència dels inicis del fenomen, els maners acostumen a ésser els propietaris del gènere objecte de la intervenció. Aquesta realitat porta problemes d'ordre públic com els que s'han produït en diferents indrets de la costa quan les forces i cossos de seguretat intenten intervenir els productes, en trobar una oposició violenta dels maners.³⁷ Per tant, tot i que la intervenció del gènere esdevé una eina eficaç, en moltes ocasions no es pot portar a terme perquè no es disposa de la força pública suficient.

4.2.2 La retirada dels béns i la seva destrucció

L'apartat 7 de l'article 323-1 del CCC faculta el personal inspector, per raons d'urgència, a adoptar les mesures cautelars que estableix el Codi de consum estenent una acta d'inspecció motivada. Pel que fa a la retirada dels béns del mercat, des d'un punt de vista literal, la norma es refereix a «obligar a retirar-los», no a «retirar-los». No obstant, entenem que la retirada efectuada de forma directa per la mateixa Administració a través del personal inspector és factible, perquè, entre altres raons, el mateix article preveu l'adopció d'altres mesures complementàries a les anteriorment enumerades que en garanteixin l'eficàcia. A més, cal enllaçar aquesta facultat amb un deure que el Codi de consum atribueix a les administracions públiques en l'article 122-8: l'adopció de les mesures adequades per aconseguir la detecció i la retirada del mercat dels béns amb riscos no acceptables per a la salut o la seguretat de les persones consumidores. Com ja hem vist amb anterioritat, els productes objecte de venda en el top manta suposen un risc no acceptable per a la seguretat de les persones consumidores. Per tant, les administracions públiques tenen el deure d'adoptar les mesures adequades per a aconseguir la retirada del mercat dels béns objecte de venda. Una de les conseqüències derivades d'aquest deure serà la necessitat d'adoptar les mesures sumaríssimes previstes per la Llei per a la protecció dels drets dels consumidors, entre les quals hi hauria la retirada dels productes del mercat. A favor d'aquesta possibilitat, també s'hi pronuncia el nou règim jurídic de les mesures provisionals establert en la Llei 39/2015, d'1 d'octubre, del procediment administratiu comú de les administracions públiques. L'article 56.3.e) d'aquesta llei preveu entre les mesures cautelars, el dipòsit, la retenció o la immobilització de cosa moble, i la lletra i) del mateix precepte preveu aquelles altres mesures que s'estimin necessàries per assegurar l'efectivitat de la resolució.

Pel que fa a la destrucció dels béns com a mesura sumaríssima, entenem que no seria procedent la seva adopció en aquest moment procedimental d'acord amb els principis de proporcionalitat i menor onerositat que inspiren l'adopció de les mesures cautelars.³⁸ Amb la retirada dels béns del mercat, *ad cautelam*,

³⁷ Es poden consultar les notícies següents:

[http://delcamp.cat/baixpenedesdiari/noticia/1001/una-trentena-de-maners-intenten-agredir-dos-mossos-de-paisa-a-coma-ruga-](http://delcamp.cat/baixpenedesdiari/noticia/1001/una-trentena-de-maners-intenten-agredir-dos-mossos-de-paisa-a-coma-ruga)
http://www.ara.cat/societat/caosplaca_catalunyaenfrontamentguardia_urbanamaners_0_1424257756.html

³⁸ L'apartat sisè de l'article 323-1 del CCC requereix que les mesures cautelars han d'ésser proporcionades a la gravetat de les

s'assoleix la finalitat d'evitar que es posin a la venda uns béns que suposen un risc per a les persones consumidores. Al nostre criteri, no concorren raons d'urgència que justifiquin la destrucció dels béns en aquest moment procedimental. A més, una vegada retirats els béns del mercat, res impedeix que es pugui adoptar en la resolució final del procediment la seva destrucció a l'empara de l'article 333-4 del CCC com a sanció accessòria amb totes les garanties del procediment sancionador per als interessats, entre les quals hi ha la possibilitat de fer al·legacions i proposar les proves que estimin convenients en defensa dels seus drets, garanties que no es donen en l'adopció de mesures sumaríssimes.

A diferència de l'anterior mesura sumaríssima prevista en la LOPSC, el Codi de consum exigeix més cauteles per a l'adopció d'aquestes mesures. En primer terme, es requereix que concorrin raons d'urgència. Pel que fa a la retirada dels béns del mercat, la urgència podria venir justificada en el *periculum in mora*. Si no es retiren els béns en aquest moment, difícilment la retirada es podrà materialitzar posteriorment, perquè els béns objecte de la venda no estaran en possessió dels infractors. En segon terme, aquestes mesures han d'ésser confirmades, modificades o aixecades per acord de l'òrgan competent en el termini més breu possible sense que pugui ésser superior a 15 dies des del dia següent en què s'hagin adoptat. En cas contrari, queden sense efecte. Aquest acord haurà d'ésser notificat a la persona inspeccionada.

4.3 Les mesures provisionals

Amb la mateixa finalitat que les mesures sumaríssimes, les mesures provisionals també gaudeixen d'aquest caràcter de mesures de policia, en el sentit que pretenen el cessament de l'activitat il·lícita impedit la seva continuïtat a fi de preservar l'ordre jurídic vulnerat.³⁹ Es diferencien de les mesures sumaríssimes en el fet que requereixen la prèvia resolució de l'òrgan competent, ja que no poden ésser adoptades pels funcionaris habilitats si no és a l'empara d'un acte administratiu previ. L'omissió d'aquest requisit suposaria una via de fet susceptible d'impugnació en via contenciosa administrativa d'acord amb l'article 30 de la Llei 29/1998, de 13 de juliol, reguladora de la jurisdicció contenciosa administrativa. Es poden acordar una vegada iniciat el procediment per part de l'òrgan competent per resoldre'l o bé abans del seu inici, en els casos d'urgència inajornable i per a la protecció provisional dels interessos implicats.⁴⁰ En aquest últim cas, les mesures provisionals hauran d'ésser confirmades, modificades o aixecades en l'acord d'inici del procediment, que s'haurà d'adoptar en el termini de 15 dies següents a la seva resolució. En cas contrari, les mesures quedaran sense efecte.

Només enumerarem les previsions que la normativa sectorial preveu a l'efecte, perquè l'efectivitat d'aquestes mesures és nul·la en l'àmbit del top manta: esdevenen de difícil o d'impossible execució, ja que els béns sobre els quals han de recaure no podran ésser localitzats. Tampoc estudiarem cada mesura en concret, perquè ja han estat analitzades quan s'ha fet referència a les mesures sumaríssimes o a les sancions accessòries.

L'article 49.1 de la LOPSC preveu l'adopció de mesures provisionals per part de l'òrgan competent per a resoldre el procediment una vegada iniciat l'expedient, mitjançant acord motivat, amb la finalitat d'assegurar l'eficàcia de la resolució que pugui recaure, el bon fi del procediment, evitar el manteniment dels efectes de la infracció o preservar la seguretat ciutadana, sense que en cap cas puguin tenir caràcter sancionador. El

irregularitats detectades i tan poc restrictives amb la lliure circulació de mercaderies i la llibertat d'empresa com sigui possible.

39 TARDÍO PATO, José Antonio. «Las medidas provisionales en el procedimiento administrativo». *Revista Jurídica de Navarra* [Pamplona: Gobierno de Navarra], núm. 38 (2004), en la pàgina 118 destaca: «Así lo ha entendido la STS de 14 de septiembre de 1987 (RJ 1987\6006), que enjuicia un supuesto de imposición de medida provisional consistente en la declaración del cese de la actividad, comiso e intervención administrativa de los elementos de juego y precinto de los locales de la entidad mercantil que promovía, vendía distribuía los cupones y boletos, todo ello, en el marco del correspondiente procedimiento sancionador, pues la sentencia indica que aquí «la medida provisional tiende no sólo a asegurar el alcance y contenido de la resolución final, sino también a impedir la continuidad en el ejercicio y desarrollo de una actividad «contra legem». En la misma línea, la STS de 24 de mayo de 1994 (RJ 1994\4317) señala que la medida cautelar de depósito e intervención administrativa de material de juego que se encuentra en el local del club tiene la finalidad de evitar la continuación de la ilegal actividad del juego que allí se practica. Y la STS de 27 de julio de 1999 (RJ 2000\10103, FJ 4º) indica que «la medida cautelar tiene como finalidad preservar el bien o bienes jurídicos que en el procedimiento se tutelan».

40 L'article 56.1 de la Llei 39/2015, d'1 d'octubre, del procediment administratiu comú de les administracions públiques, destaca que, iniciat el procediment, l'òrgan competent per a resoldre'l, podrà adoptar, d'ofici o a instància de part i de forma motivada, les mesures provisionals que estimi oportunes per assegurar l'eficàcia de la resolució que pugui recaure, si existissin elements de judici suficients, d'acord amb els principis de proporcionalitat, efectivitat i menor onerositat.

mateix precepte enumera les mesures que es poden adoptar, entre les quals hi ha el dipòsit en lloc segur dels instruments o efectes utilitzats per la comissió de les infraccions. A l'empara d'aquest article, és possible el dipòsit dels productes objecte de la venda ambulanta no autoritzada una vegada iniciat l'expedient mitjançant la corresponent resolució de l'òrgan competent. No obstant, l'adopció d'aquesta mesura esdevé infructuosa perquè els béns no podran ésser localitzats, ja que no estaran en possessió dels infractors degut al temps transcorregut entre el moment de la comissió de la infracció i l'execució de l'acord d'adopció de la mesura cautelar.

D'altra banda, l'apartat 2.b) de l'article 323-1 del CCC tipifica com a mesures cautelars la immobilització de béns, l'obligació de retirar-los del mercat i la destrucció, si cal, en condicions adequades. Així mateix, preveu la possibilitat d'adoptar altres mesures complementàries a les anteriors que en garanteixin l'eficàcia. Les consideracions que s'han efectuat en el paràgraf anterior sobre l'efectivitat de les mesures són igualment d'aplicació en aquest cas.

Per últim, cal destacar que l'article 70 de la LCSF també preveu la possibilitat d'adoptar mesures provisionals amb la finalitat d'assegurar l'eficàcia de la resolució que es pugui adoptar. No obstant, el contingut del precepte no aporta cap novetat a la regulació de les mesures cautelars efectuada per la Llei 39/2015, d'1 d'octubre, del procediment administratiu comú de les administracions públiques.

5 Bibliografia

ALARCÓN SOTOMAYOR, Lucía. *La garantía del non bis in idem y el procedimiento administrativo sancionador*. Madrid: Iustel, 2008. ISBN 978-84-96717-82-4.

BAUZÁ MARTORELL, Felio J. «Declaración responsable y comunicación previa. Consideraciones críticas del procedimiento administrativo a raíz de la Ley Ómnibus». *Diario la Ley* [La Ley], núm. 7419 (2010).

CANO CAMPOS, Tomás. «Las autorizaciones municipales para el ejercicio de la venta ambulante: su confuso fundamento». *Estudios y comentarios. La Administración al Día* [INAP], (2011).

CANO CAMPOS, Tomás. «Non bis in idem, prevalencia de la vía penal y teoría de los concursos en el derecho administrativo sancionador». *Revista de Administración Pública* [Centro de Estudios Políticos y Constitucionales], núm. 156 (2001), pàg. 191-250.

CASTIÑEIRA PALOU, María Teresa; ROBLES PLANAS, Ricardo. «¿Cómo absolver a los “top manta”? (Panorama jurisprudencial)». *Revista para el Análisis del Derecho*. [Barcelona: Indret], núm. 2 (2007).

COBO OLVERA, Tomás. *Régimen jurídico de los bienes de las entidades locales*. Madrid: La Ley, 2006. ISBN 13 9788470523892.

COBO OLVERA, Tomás. *El procedimiento administrativo sancionador tipo*. Barcelona: Bosch, 1999. ISBN 84-7676-630-0.

FERNÁNDEZ TORRES, Juan Ramon. «[Règims d'intervenció administrativa: autorització, comunicació prèvia, i declaració responsable](#)». *Revista Catalana de Dret Públic* [Barcelona: Generalitat de Catalunya. Escola d'Administració Pública], núm. 42 (2011), pàg. 85-114.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús; GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco. *Comentarios a la Ley de régimen jurídico de las administraciones públicas y procedimiento administrativo común*. 4a. ed. Cizur Menor: Aranzadi, 2007. ISBN 978-84-470-2786-6.

GUILLÉN ÁLVAREZ, Íñigo. «Estudio y análisis jurídico de la nueva Ley Orgánica 4/2015, de protección de la seguridad ciudadana». *Diario La Ley* [La Ley], núm. 8633 (2015).

IRIBARREN OSCÁRIZ, Juan. «Top manta y derecho penal». *Sentencias de TSJ y AP y otros tribunales* [Cizur Menor: Aranzadi], núm. 9 (2006), pàg. 191-201.

LAFONT NICUESA, Luis. «Cuestiones de actualidad sobre la venta callejera de productos sujetos a propiedad intelectual e industrial». *Actualidad Jurídica Aranzadi* [Cizur Menor: Aranzadi], núm. 738 (2007), pàg. 8-13.

MANZANARES SAMANIEGO, José Luis. «El procedimiento sancionador en el Proyecto de Ley Orgánica de protección de la seguridad ciudadana (con la disposición adicional quinta)». *Diario La Ley* [La Ley], núm. 8412 (2014).

NAVARRO MASSIP, Jorge. «La adecuación social y el principio de insignificancia como causas de exclusión de la tipicidad en relación al principio de intervención mínima». *Revista Aranzadi Doctrinal* [Cizur Menor: Aranzadi], núm. 5 (2011), pàg. 49-62.

NIETO GARCÍA, Alejandro. *Derecho administrativo sancionador*. 2a ed. Madrid: Tecnos, 1994. ISBN 84-309-2509-0.

TARDÍO PATO, José Antonio. «Las medidas provisionales en el procedimiento administrativo». *Revista Jurídica de Navarra* [Pamplona: Gobierno de Navarra], núm. 38 (2004), pàg. 113-130.

TORNOS MAS, Joaquín. «Ens locals i règim jurídic de l'activitat comercial; especial consideració de la venda ambulant». *Seminari de Dret Local* [Barcelona: Federació de Municipis de Catalunya], 2010, pàg. 207-214.