



Nota sobre el documento “GESTIÓN PROCOMPETITIVA DEL ESPACIO PÚBLICO PARA EL DESARROLLO DE ACTIVIDADES ECONÓMICAS”

En general, el documento se orienta, consecuentemente con su motivación expresa, a la realización de actividades económicas en espacios públicos, llevadas a cabo por los que podríamos denominar como “operadores económicos evidentes”¹, es decir, empresas u operadores autónomos con ánimo de lucro.

A este respecto, nada se puede comentar, si no es para manifestar la más perfecta conformidad.

Sin embargo, resulta de interés, desde nuestro punto de vista y dada nuestra experiencia afrontando estas situaciones, el contenido de la **Recomendación 5: Supervisar la gestión de los mercados y ferias**.

A nuestro entender, no se trata, como señala la Recomendación 5, de “*un supuesto muy concreto de asignación del dominio público*”, sino que, como desarrolla la propia Recomendación, se trataría de dos supuestos diferentes:

- 1) **Ferias u otros eventos de carácter colectivo promovidos (en el espacio público) por la propia administración titular del mismo y**
- 2) **Ferias u otros eventos que se celebren en el espacio público, promovidos por entidades privadas.**

Dice el texto de la Recomendación 5 que “*en el primero de los casos, la administración titular del dominio público es la responsable de organizar los procedimientos y definir las condiciones y los requisitos para el otorgamiento de las diversas autorizaciones para el uso del dominio*”.

El tenor literal de esta parte de la recomendación podría llevar a una confusión semántica provocada por el uso del término “*responsable*” y por su limitación a ese “*primero de los casos*”.

Así, cuando se desarrolla el segundo supuesto (la promoción privada), simplemente se señala que, tras la obtención de la correspondiente licencia, “*son estos promotores privados los que posteriormente llevan a cabo la selección de los operadores que podrán participar en el acontecimiento en cuestión*”.

¹ Como servicios de movilidad, productos pirotécnicos, espectáculos, hostelería, etc.



Se pueden confundir de este modo dos planos distintos: el jurídico (cómo las cosas deberían ser) y el fáctico (como las cosas, con mucha frecuencia, son).

Convendría no dejar margen a una aparente existencia de dos regímenes jurídicos distintos.

Si una entidad privada obtiene la correspondiente licencia para la utilización especial, o privativa², de un espacio público podrá, en los términos autorizados, usarlo efectiva y directamente.

En otro caso, si lo que esa entidad privada va a realizar es una intermediación entre la Administración —titular del espacio público— y terceros operadores económicos, ello no enervará en modo alguno lo dispuesto en la normativa reguladora del uso del espacio en cuestión³. Ni tampoco la indeclinable responsabilidad que a la Administración corresponde⁴.

En otras palabras, la Administración no puede eludir en ningún caso su responsabilidad. La responsabilidad es inherente al ejercicio de una potestad pública, como lo es la gestión del espacio público.

La atribución de espacios públicos para la realización de algún tipo de actividad económica no puede quedar al albur de la decisión de una entidad privada, sino bajo el estricto cumplimiento y supervisión de unas determinadas reglas de orden público, entre ellas, por ejemplo, las que hacen referencia a cuestiones de salubridad; consumo; actividades molestas; etc. Y, en el caso que nos ocupa, el aseguramiento de la libre competencia, dentro de las posibilidades, inevitablemente limitadas, del espacio disponible para el evento de que se trate.

Por razones tradicionales y/o de especialización, es común que en el espacio público tengan lugar eventos de naturaleza cultural; religiosa; folclórica; deportiva o lúdica que integren, dentro de su ámbito de actividades, determinados servicios de hostelería, así como de venta de productos típicos y otros similares. Puede resultar adecuado, por tanto, que sean estas entidades quienes se hagan cargo de las tareas organizativas y de gestión del conjunto de actividades, mercantiles o no, pero siempre dentro de los cauces impuestos por la ineludible y específica licencia que constituye el título habilitante que permite esa ocupación.

Ese título habilitante deberá ser expreso y contener los criterios a los que la entidad beneficiaria debe someterse y sobre los que la Administración concedente tendrá la indeclinable responsabilidad de verificar su cumplimiento.

No cabe admitir, por tanto, que, bajo el amparo de una licencia genérica, se produzcan situaciones como las que la propia Recomendación 5 señala:

² Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, Art. 85.

³ Art. 91 Ley Patrimonio de las AAPP

⁴ Art. 84 Ley Patrimonio de las AAPP

*** “criterios de adjudicación discriminatorios, no objetivos y excluyentes, mediante los que se otorga un trato preferente a determinados operadores respecto de otros, o directamente se restringe la participación de ciertas tipologías de operadores”;**

*** “(criterios de adjudicación) no suficientemente definidos ni motivados en cuanto a la necesidad y proporcionalidad”;**

*** “(criterios de adjudicación) aptos para alterar injustificadamente las condiciones de competencia entre los operadores participantes;**

*** “Incluso.../... auténticas infracciones del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia”**

Pues bien, estos “criterios de adjudicación”, inaceptables desde el punto de vista de su legalidad, no pueden ser, en efecto, los que utilice la Administración concedente⁵, pero tampoco los que, amparándose en la licencia otorgada, utilice la entidad privada adjudicataria del espacio público, en el caso de que se plantee ceder a su vez determinados espacios a prestadores finales de los servicios.

En relación con esta problemática, la Recomendación 5 señala la necesidad de que **“los ayuntamientos titulares del dominio público implementen las medidas necesarias a fin de que estos terceros, que son, en definitiva, los encargados de gestionar y regular las condiciones de acceso a estas ferias y mercados...”**.

Nuevamente nos encontramos con una literalidad que puede resultar engañosa.

Si se trata de reseñar la situación (patológica) habitual, no cabe sino admitir que, en efecto, así ocurre, pero no se puede, en modo alguno, otorgar carta de naturaleza a esa delegación implícita de facultades de un ejercicio de autoridad.

¿Cuál es el alcance del término **“gestión”**?... ¿Se puede considerar englobado dentro del concepto de gestión la capacidad de que **“esos terceros”** sean quienes **“regulen las condiciones de acceso a ferias y mercados”**?

En conclusión:

La Recomendación debería extenderse a extremos tales como:

- Los Ayuntamientos deben disponer de una Ordenanza reguladora de Ferias, Mercados y otras fiestas populares, máxime cuando con ocasión de las mismas se lleven a cabo actividades de naturaleza mercantil.

⁵ Principio de Legalidad: Arts. 9 y 103.1 de la Constitución Española.



- Los Ayuntamientos deberían otorgar una licencia expresa para cada evento, conteniendo los límites y las capacidades de los organizadores y señalando con claridad que la responsabilidad final corresponde en todo caso al propio Ayuntamiento.
- Los Ayuntamientos deberían verificar el cumplimiento de las condiciones de la licencia, con independencia de que, bajo sus condiciones y supervisión, sean los organizadores del evento quienes lleven a cabo los actos de gestión.
- Los Ayuntamientos deberán velar por que los terceros promotores no exijan a operadores mercantiles finales cantidades superiores a las recogidas en las correspondientes tasas aprobadas por esa ocupación del espacio público, evitándose todo lucro indebido.