



GESTIÓN PROCOMPETITIVA DEL ESPACIO PÚBLICO PARA EL DESARROLLO DE ACTIVIDADES ECONÓMICAS

Julio de 2024
OB 66/2024

ÍNDICE



| | |
|--|-----------|
| 1. MOTIVACIÓN | 3 |
| 2. MARCO LEGAL E INTEGRACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE CONCURRENCIA Y LIBRE COMPETENCIA EN LA AUTORIZACIÓN DEL USO DEL ESPACIO PÚBLICO | 8 |
| 2.1 Marco legal | 8 |
| 2.2 Política de competencia en la autorización del uso del espacio público ... | 11 |
| 3. RECOMENDACIONES | 14 |
| Recomendación 1: Planificar la gestión del espacio público | 15 |
| Recomendación 2: Priorizar la tramitación de procedimientos de concurrencia competitiva | 18 |
| Recomendación 3: Revisar o introducir mejoras en el diseño de las bases o los pliegos | 21 |
| 3.1 Requisitos de concurrencia | 22 |
| 3.2 División en lotes | 23 |
| 3.3 Criterios de valoración | 24 |
| Recomendación 4: Aplicar los principios de contratación pública | 27 |
| Recomendación 5: Supervisar la gestión de los mercados y las ferias | 29 |
| Recomendación 6: Delimitar de manera adecuada y justificada la duración de los títulos administrativos | 32 |



1

MOTIVACIÓN

Frecuentemente, para el desarrollo de algunas actividades económicas, los operadores privados tienen que hacer uso del espacio público. Por ejemplo y sin ánimo de exhaustividad, se necesita realizar una utilización o un aprovechamiento de este espacio en supuestos tan heterogéneos como: la celebración de los mercados semanales en la vía pública; la realización de actividades económicas vinculadas a determinadas festividades (como son los quioscos para la venta temporal de artículos de pirotecnia o las ferias de Navidad) o de determinadas actividades artísticas (por ejemplo, espectáculos en la calle, instalaciones de circo, festivales musicales o conciertos al aire libre); el desarrollo de actividades de restauración en playas o parques públicos (quioscos) y actividades y/o servicios de temporada (como, por ejemplo, la instalación de campos de boyas, el alquiler de sombrillas y tumbonas, el alquiler de embarcaciones sin motor y el establecimiento de zonas de varada, etc.), así como la organización de ferias de artesanía y/o de carácter empresarial y/o profesional.



La casuística es muy diversa, pero todas estas actividades económicas tienen en común la necesidad de ocupar y utilizar o llevar a cabo un aprovechamiento de este espacio de dominio público¹, con mayor o menor intensidad y de forma más o menos limitada en el tiempo, y para la cual es necesario disponer de un título administrativo (autorización, licencia o concesión).

No obstante, en la mayoría de casos, el espacio público disponible es finito y/o su utilización está sometida a otras consideraciones vinculadas al interés público que hay que armonizar con el desarrollo de estas actividades económicas, de modo que no siempre todos aquellos operadores que así lo desean, pueden obtener una habilitación para utilizar este recurso público (el espacio) y, por lo tanto, poder desarrollar la actividad pretendida.

La experiencia de **la Autoridad Catalana de la Competencia** (ACCO) demuestra que en este ámbito se plantean con cierta recurrencia debates sobre cuál es la mejor manera de gestionar este recurso escaso. En particular, la ACCO ha recibido varias consultas y ha tenido la ocasión de analizar algunos de los aspectos, inherentes al desarrollo de actividades económicas, derivados de la gestión del espacio o dominio público, ya sea a instancia (i) de operadores privados afectados por determinadas decisiones o procedimientos respecto de los cuales, por ejemplo, se han visto excluidos (por tratarse de procedimientos no suficientemente transparentes y/o respetuosos con los principios de concurrencia y competencia), o bien (ii) de las mismas administraciones titulares del dominio público, conscientes de la importancia de esta gestión para la competencia en determinados sectores y/o actividades económicas.

Este análisis casuístico ha puesto de manifiesto que, si bien no nos encontramos ante una actuación reguladora de una actividad económica en sentido estricto, cómo articulan las administraciones, especialmente las de ámbito local, la asignación del uso del dominio público a operadores privados y, sobre todo, cómo deciden cuál es el operador u operadores habilitados para esta utilización, son cuestiones que presentan una incidencia clara y directa en el desarrollo de determinadas

¹ En este documento, la ACCO utiliza las expresiones “espacio público” y “dominio público” de manera alternativa, sin ignorar que, en términos de legalidad, la expresión normativa es “dominio público”.

actividades² y, en definitiva, en el nivel de competencia y dinamismo económico en ciertos entornos. En este sentido, la competencia a nivel local es esencial para ofrecer productos y servicios a bajo precio, de calidad y ambientalmente sostenibles, siguiendo los objetivos de la Agenda de los pueblos y ciudades Cataluña 2050 (Agenda Urbana de Cataluña)³. También contribuye al crecimiento económico local y anima a las empresas a emprender e innovar, en beneficio de las personas consumidoras y usuarias.

Con el objetivo de contribuir a un uso y aprovechamiento del dominio público más respetuoso con los principios básicos e internacionalmente aceptados para establecer una regulación eficiente y favorecedora de la competencia (“*better regulation*”)⁴, **la ACCO ha**

-
- 2 En el caso de la asignación del dominio público sucede como en otros tipos de actuaciones de las administraciones públicas, que, a pesar de no constituir una actuación de regulación de actividades económicas, en sentido estricto, inciden de manera directa en la posibilidad de implantar o no determinadas actividades por parte de operadores económicos. Un ejemplo paradigmático de esta afectación es la que se deriva de instrumentos urbanísticos. En este sentido, esta autoridad emitió, ya en el año 2014, un documento de Recomendaciones sobre la regulación detallada de los usos del suelo desde la óptica de competencia (ref. ES 08/2014), en el cual se ponían de manifiesto los elevados costes para la competencia y el consiguiente impacto negativo sobre el bienestar para consumidores y usuarios derivado de una regulación detallada de los usos del suelo que dificultara de manera injustificada la implantación de nuevos operadores o la expansión de los existentes. En otras ocasiones, se han analizado instrumentos más concretos, como el Plan especial de alojamientos turísticos (PEUAT) de Barcelona (ref. OB 33/2017) o, más recientemente, el Plan especial de usos de actividades vinculadas al reparto a domicilio (PEURD) también del Ayuntamiento de Barcelona (ref. IR 55/2022).
 - 3 Según la información oficialmente publicada en la página web del Departamento de Territorio de la Generalitat de Cataluña “*la agenda urbana catalana, tiene como objetivo la construcción conjunta de una Cataluña que en 2050 será digital y climáticamente neutra, con un territorio equilibrado de pueblos y ciudades más verde, más próspero y más democrático. Para ello, la Agenda plantea propuestas de futuro para Cataluña, y proporciona recomendaciones y actuaciones a partir de tres dimensiones –el equilibrio territorial, la prosperidad económica y la equidad social–, para conseguir un modelo de desarrollo sostenible, territorialmente equilibrado y socialmente equitativo con el horizonte de 2050, así como para dar cumplimiento a las dos transiciones que marca la Comisión Europea: la digital y la verde*”. Indicar que la política de competencia es un instrumento clave para la consecución de políticas relativas a la transición digital y la verde, comprendidas en la Agenda de los pueblos y ciudades. Agenda Urbana de Cataluña 2050.
 - 4 Nos referimos aquí al (i) principio de necesidad y proporcionalidad; (ii) principio de mínima distorsión; (iii) principio de eficacia; (iv) principio de transparencia y (v) principio de predictibilidad. Diferentes organismos internacionales han hecho énfasis en la necesidad de una regulación eficiente y favorecedora de la competencia. Así, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) ha configurado y hecho público un juego de herramientas para la valoración de la competencia conformado por tres (3) volúmenes (Principios, Guía y Manual de operaciones). A nivel de la Unión Europea, también la Comisión Europea (CE) ha publicado un conjunto de directrices y herramientas para mejorar la calidad de la regulación. Se trata de documentos centrados en el impacto de la regulación en la competencia; sin embargo, los principios y herramientas que desarrollan se aplican a toda clase de intervención pública que afecte a la competencia en los mercados y, en general, el acceso y ejercicio de actividades económicas.
-

elaborado este documento para promover la gestión procompetitiva del espacio público para el desarrollo de actividades económicas.

En términos generales, una regulación eficiente requiere que los marcos normativos que afecten el acceso y ejercicio de actividades económicas se fundamenten en los principios de buena regulación económica. De acuerdo con estos principios:

- Las normas deberían ser necesarias y proporcionadas para la consecución de los objetivos o intereses públicos pretendidos por cada administración pública.
- A su vez, requieren que las regulaciones se planifiquen adecuadamente y sean transparentes para favorecer la predictibilidad, seguridad jurídica y capacidad para competir de las pequeñas y medianas empresas (PYMEs) y los autónomos en los mercados.
- Implican también que las regulaciones sean objeto de evaluaciones *ex ante* y *ex post* y que, al mismo tiempo, permitan una adaptación rápida a nuevas circunstancias y necesidades, eviten medidas proteccionistas o que rompan con la neutralidad competitiva⁵ cuando estas no respeten los principios de buena regulación.

Siguiendo esta línea, en este documento **se ofrecen una serie de recomendaciones y pautas generales, entendidas como buenas prácticas administrativas a aplicar en los procedimientos para el otorgamiento o la asignación del derecho de utilización y aprovechamiento del dominio público**, y se centra en aquellos aspectos que se han considerado esenciales para una mejor garantía de los principios de concurrencia y libre competencia en el marco de los procedimientos mencionados. **El objetivo final es promover, de acuerdo con el marco normativo vigente, un otorgamiento eficiente y procompetitivo de los diversos títulos administrativos habilitantes para la utilización y el aprovechamiento del dominio público.**

La ACCO no centra sus recomendaciones en un tipo concreto de título administrativo. En este sentido, la normativa de patrimonio de las administraciones públicas distingue

⁵ La OCDE ha adoptado una [Recomendación sobre neutralidad competitiva \(2021\)](#) así como, recientemente, un documento que ofrece un conjunto de buenas prácticas para la identificación y reducción de las distorsiones a la competencia causadas por la intervención de los poderes públicos ([Competitive Neutrality Toolkit, 2024](#)).

entre autorización o licencia y concesión administrativa en función, básicamente, de las características del uso y/o aprovechamiento que se pretenda efectuar del dominio público y del plazo autorizado para esta utilización. **Las recomendaciones efectuadas son aplicables, en términos generales, a los procedimientos para el otorgamiento de cualesquiera de los títulos administrativos previstos en la normativa de patrimonio vigente⁶.** Por este motivo, el uso del término autorización en este documento se realiza en sentido amplio y genérico.

En cualquier caso, se trata de procedimientos mayoritariamente diseñados y tramitados por las administraciones locales, quiénes, por consiguiente, son las destinatarias principales de este documento. Sin embargo, esta circunstancia no impide que las recomendaciones y las consideraciones que se elaboran puedan ser tenidas en cuenta por otras administraciones públicas, también titulares de bienes de dominio público, a la hora **de integrar la variable “competencia” en el marco de sus procedimientos para la autorización del uso y el aprovechamiento del espacio público.**

6 En cualquier caso, deberá observarse la normativa sectorial en caso de que esta resulte de aplicación en un supuesto concreto. No obstante, se considera que las recomendaciones que se emiten en este documento también pueden ser de aplicación en distintos de los supuestos de asignación del dominio público para el desarrollo de actividades económicas reguladas en normativas sectoriales específicas.

2

MARCO LEGAL E INTEGRACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE CONCURRENCIA Y LIBRE COMPETENCIA EN LA AUTORIZACIÓN DEL USO DEL ESPACIO PÚBLICO

2.1 Marco legal

La autorización del uso del espacio o el dominio público se encuentra regulada de manera general en la normativa de patrimonio de las administraciones públicas. No obstante, en función tanto del tipo de espacio o dominio público de que se trate como de la concreta actividad económica que se quiera desarrollar, será necesario, además, observar las especificidades que pueda establecer la regulación sectorial aplicable en cada caso (por ejemplo, la legislación de costas en los supuestos de instalación de servicios de temporada en las playas, o la normativa reguladora de la venta ambulante).

Para la elaboración de este documento de recomendaciones, la ACCO toma como referencia el marco legal general, del cual se destacan a continuación los aspectos que presentan un mayor interés desde la perspectiva de la política de competencia.

Por lo que a la normativa estatal se refiere, la **Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del patrimonio de las administraciones públicas** (Ley 33/2003) regula los aspectos básicos del régimen patrimonial de todas las administraciones públicas. Las disposiciones relativas a la utilización de los bienes y los derechos de dominio público se encuentran en los artículos 84 a 104, y constituyen el marco general básico a partir

del cual cada administración determina las condiciones y los procedimientos a seguir para la utilización y el aprovechamiento del dominio público respectivo⁷.

Por otra parte, la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local (LRBRL), también prevé ciertas disposiciones relativas al patrimonio de las entidades locales (artículos 79 a 83), pero no contiene una regulación sustantiva sobre cómo se debe organizar la gestión y la administración de los bienes del dominio público local, cuestión que se remite al desarrollo reglamentario⁸.

En Cataluña, por una parte, nos encontramos con normativa que se refiere a los bienes de dominio público titularidad de la Generalitat de Catalunya: el Decreto legislativo 1/2002, de 24 de diciembre, por el cual se aprueba el Texto refundido de la Ley de patrimonio de la Generalitat de Catalunya, y el Decreto 323/1983, de 14 de julio, por el cual se aprueba el Reglamento para la ejecución de la Ley 11/1981, de 7 de diciembre, del patrimonio de la Generalitat. Por otra parte, nos encontramos con la normativa que aplica al dominio público local de ámbito catalán; en este sentido, deben tenerse presentes las disposiciones contenidas en el Decreto legislativo 2/2003, de 28 de abril, por el cual se aprueba el Texto refundido de la Ley municipal y de régimen local de Cataluña y al Decreto 336/1988, de 17 de octubre, por el cual se aprueba el Reglamento del patrimonio de los entes locales (Decreto 336/1988).

Según este marco normativo, tanto para la ocupación de los bienes de dominio público como para su utilización de una forma que exceda el derecho de uso que corresponde a la población en general, se requiere un título habilitante (artículo 84 de la Ley 33/2003). En los términos utilizados en la Ley 33/2003, esto sucederá en el supuesto en que el uso implique **un aprovechamiento especial del dominio público**⁹ (o un uso común especial, en los términos utilizados por la normativa catalana) o cuando se trate de reali-

7 La Ley 33/2003 se desarrolla por el Real decreto 1373/2009, de 28 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del patrimonio de las administraciones públicas, aplicable básicamente al patrimonio de la Administración General del Estado y a sus organismos públicos. Ahora bien, esta norma no contempla disposiciones relativas a los bienes de dominio público, sino que se centra en la regulación de los bienes y derechos patrimoniales

8 La LRBRL ha sido desarrollada, respecto de esta cuestión, por el Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de bienes de las entidades locales.

9 Artículo 85.2 de la Ley 33/2003: *“Es uso que implica un aprovechamiento especial del dominio público el que, sin impedir el uso común, supone la concurrencia de circunstancias tales como la peligrosidad o intensidad del mismo, preferencia en casos de escasez, la obtención de una rentabilidad singular u otras semejantes, que determinan un exceso de utilización sobre el uso que corresponde a todos o un menoscabo de éste”*.

zar un uso privativo¹⁰. El uso común de los bienes de dominio público no está, en general, sometido a ningún régimen de intervención administrativa previa.

En cuanto al concreto título habilitante, las normas distinguen entre autorizaciones y/o licencias y concesiones administrativas o demaniales. Partiendo de la ley estatal (artículo 86), que es básica en esta cuestión, estará sometido a la obtención de una autorización el aprovechamiento especial de los bienes de dominio público, así como su uso privativo, cuando la ocupación se efectúe sólo con instalaciones desmontables o bienes muebles, por un periodo inferior a cuatro (4) años. En líneas generales, será necesario obtener una concesión administrativa cuando (i) se trate del uso privativo de los bienes de dominio público y se requiera la ocupación con obras o instalaciones fijas o (ii) en los supuestos mencionados en el caso de las autorizaciones, pero que se otorguen por un periodo temporal superior a los cuatro (4) años.

En lo que respecta al otorgamiento de las autorizaciones, se prevén, principalmente, tres sistemas o procedimientos diferentes: (i) **el otorgamiento directo** a los solicitantes cuando cumplan con las condiciones requeridas; (ii) vía **procedimientos en régimen de concurrencia** (que debe entenderse como concurrencia competitiva) cuando, por cualquier circunstancia, el número de autorizaciones se haya limitado, o (iii) a través de un **sorteo**, cuando no sea posible un procedimiento en concurrencia por el hecho de no tener que valorar condiciones especiales en los solicitantes (artículo 92 Ley 33/2003).

Cuanto al otorgamiento de las **concesiones demaniales**, el sistema o el procedimiento previsto como regla general en la Ley 33/2003 es el de un **procedimiento en régimen de concurrencia** (artículo 93). Sin embargo, también prevé **el otorgamiento directo** en los supuestos previstos en el artículo 137.4 de esta misma ley¹¹, pero condicionado al hecho

¹⁰ Artículo 85.3 de la Ley 33/2003: “Es uso privativo el que determina la ocupación de una porción del dominio público, de modo que se limita o excluye la utilización del mismo por otros interesados”.

¹¹ El artículo 137 de la Ley 33/2003 establece, dentro del ámbito de la gestión patrimonial, las formas de enajenación de los bienes inmuebles de las administraciones públicas. El apartado 4 se refiere a los supuestos de adjudicación directa de los inmuebles la cual se puede producir, entre otros a) cuando el adquirente es otra administración pública o persona jurídica de derecho público o privado que integra el sector público; b) cuando la adquirente sea una entidad sin ánimo de lucro, declarada de utilidad pública, o una iglesia, confesión o comunidad religiosa legalmente reconocida; c) cuando el inmueble sea necesario para el cumplimiento de una función de servicio público o para la realización de una finalidad de interés general, o d) cuando la subasta o el concurso promovidos para la enajenación (supuestos generales) se hayan declarado desiertos o se vuelvan fallidos como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones por parte del adjudicatario, siempre que no hubiera transcurrido más de un año desde su celebración. Se trata, sin embargo, de una disposición que no tiene carácter básico.

de que concurran circunstancias excepcionales, debidamente justificadas, o que se trate de supuestos concretos previstos en otras leyes. Las concesiones demaniales se otorgan por un tiempo determinado que no podrá exceder de setenta y cinco (75) años (incluidas las prórrogas), sin perjuicio de que se establezcan plazos inferiores en normas especiales.

Respecto de estos procedimientos indicar que, según el Decreto 336/1988, en los supuestos de otorgamiento de licencias para el uso común especial o para el uso privativo que no implique la transformación o la modificación del dominio público y en los que exista más de un solicitante, deben tenerse en consideración los principios de objetividad, publicidad y concurrencia (artículos 56 y 57). Asimismo, respecto del otorgamiento de las concesiones demaniales, esta misma norma precisa que *“deben adjudicarse mediante concurso de acuerdo con los artículos siguientes y con la normativa reguladora de la contratación de los entes locales”*.

Finalmente, mencionar que el artículo 96 de la Ley 33/2003, a pesar de no ser básico, contiene referencias a aspectos procedimentales aplicables en los supuestos en que el otorgamiento de las autorizaciones y concesiones se haga en régimen de concurrencia. Por ejemplo, cuestiones relativas al inicio de estos procedimientos (distinguiendo entre inicio de oficio y a solicitud de particular) y obligaciones mínimas de publicidad.

2.2 Política de competencia en la autorización del uso del espacio público

Como hemos podido observar, el marco normativo aplicable al uso y al aprovechamiento del dominio público otorga un amplio margen de decisión a las administraciones públicas a la hora de diseñar el concreto procedimiento, con las condiciones y los requisitos que se exigirán, mediante el cual se asignará el espacio público necesario para el desarrollo de algunas actividades económicas. En este sentido, la normativa se limita a determinar qué tipo concreto de título habilitante requerirá cada tipo de utilización y aprovechamiento del espacio público y las características mínimas de los diversos mecanismos o procedimientos de asignación (si adjudicación directa, en régimen de concurrencia o, incluso, un sorteo). Y es sobre este punto que la ACCO quiere subrayar **la importancia de integrar los principios de competencia en estos procedimientos, con el objetivo de facilitar, de acuerdo con el marco normativo vigente, una asignación del**

espacio público lo más eficiente y procompetitiva posible que contribuya a un mayor crecimiento y dinamismo de nuestra economía.

Y es que, como se ha subrayado, la decisión administrativa relativa a la asignación del dominio público tiene una incidencia clara y directa en el hecho de que una concreta actividad económica se pueda acabar desarrollando o no, o que se generen distorsiones o tratos desiguales entre operadores que pretenden ejecutar una misma actividad.

El efecto cumulativo de estas decisiones repercute en el nivel de competencia y dinamismo económico, ya que tienen la capacidad de condicionar la oferta del mercado en determinados sectores y ámbitos geográficos de la actividad económica. Por lo tanto, **es necesario que la intervención pública en este terreno favorezca la competencia en los mercados y**, en este sentido, dentro del margen que la normativa otorga a los entes locales, **integre la cultura y los principios de competencia en los procesos decisorios sobre la utilización y el aprovechamiento del dominio público para el desarrollo de actividades económicas** por parte de operadores privados.

Cómo se integran estos principios, objeto de las recomendaciones que se formulan a continuación, no es una tarea fácil por parte de las administraciones públicas. Algunas administraciones han optado por integrarlos a través, por ejemplo, de la aplicación de los principios contenidos en la legislación de contratos del sector público, la cual contempla como vertebradores del sistema los principios de igualdad de trato, concurrencia y libre competencia, entre otros, y contempla mecanismos para garantizar unos procedimientos de contratación pública respetuosos con los mismos. Otras administraciones, en cambio, se han circunscrito a la normativa que regula la asignación del dominio público propiamente dicho y han incorporado, en los múltiples procedimientos establecidos al efecto, condiciones que garantizan los principios de concurrencia y competencia.

Más allá de las recomendaciones concretas que se efectúan en este documento, podemos afirmar que, en general, los principios de concurrencia y libre competencia se garantizan cuando nos encontramos ante **procedimientos abiertos y transparentes, que permiten la participación del mayor número posible de operadores económicos (concurrencia), y que** establecen unos criterios de valoración de las diferentes ofertas o de otorgamiento que **son capaces de valorar adecuadamente los méritos empresariales de cada uno de los operadores y capturar los beneficios derivados de la rivalidad competitiva entre ellos (competencia)**. Simultáneamente, la garantía de estos principios también requiere el establecimiento de unas **condiciones para el**

otorgamiento de los títulos que sean objetivas, no discriminatorias, necesarias y proporcionadas, en la línea de lo que impone la política de una buena regulación eficiente y favorecedora de la competencia.

El objetivo de unos procedimientos que integren estos factores no es otro que **aprovechar los beneficios que la competencia genera también cuando las administraciones públicas adoptan decisiones con respecto al uso y el aprovechamiento del dominio público**. Objetivo que, indirectamente, también permitirá alinear la actuación administrativa en este ámbito con valores esenciales como la **transparencia, buen gobierno, objetividad, igualdad de trato y no discriminación**.

En definitiva, con este documento la ACCO pretende poner de manifiesto que:



La variable de competencia constituye un factor de decisión que no puede obviarse y que debe ser considerado por parte de los poderes públicos cuando toman decisiones vinculadas al uso del dominio público.

Disponer de buenas condiciones de competencia en el mercado impacta positivamente en términos de cantidad, calidad e innovación de la oferta, así como en las condiciones comerciales y los precios de bienes y servicios y, por lo tanto, repercute directamente sobre el bienestar de las personas consumidoras y usuarias.

3. RECOMENDACIONES

A continuación, se exponen una serie de recomendaciones, entendidas como buenas prácticas, dirigidas a las administraciones públicas que tienen como objetivo fomentar una gestión procompetitiva del dominio público que permita el desarrollo de actividades económicas.

Como hemos señalado, para la ACCO, este vínculo entre uso del espacio público y actividad económica, requiere que tanto la gestión, en general, como la concreta asignación del dominio público tomen en consideración la variable competencia. A este respecto, las recomendaciones que siguen a continuación contienen pautas para la incorporación de los principios de una regulación eficiente y favorecedora de la competencia o de “*better regulation*” en este ámbito de práctica de las administraciones públicas.

La ACCO es consciente que no todas las administraciones, especialmente las locales, tendrán las mismas necesidades o capacidades para aplicar cada una de las recomendaciones que se exponen a continuación. No obstante, la voluntad de la ACCO es ofrecer un conjunto general de pautas que puedan ser adaptadas a cada caso concreto.



Recomendación 1: Planificar la gestión del espacio público

El ejercicio de actividades económicas en los municipios requiere la obtención previa de títulos administrativos que habiliten la ocupación de los espacios públicos disponibles para el desarrollo de estas actividades. Desde el punto de vista de la normativa actual, son los ayuntamientos los encargados de velar para que los operadores económicos puedan utilizar el espacio público siempre que se cumplan determinados requisitos.

Una cuestión relevante en este sentido, pero que todavía no se ha generalizado como práctica administrativa en materia de dominio público, es la relativa a la planificación de la gestión del espacio público. Con frecuencia, los ayuntamientos autorizan la ocupación del dominio público sin haber realizado una serie de actuaciones previas y complementarias al otorgamiento de los títulos administrativos correspondientes (actuaciones de planificación); actuaciones que, a los efectos de competencia, pueden ser idóneas para prevenir y rectificar las posibles restricciones de competencia que, en los últimos años, se han observado por parte de las autoridades de competencia.

Ejemplos de actuaciones de planificación serían aquellas orientadas a determinar los espacios municipales disponibles para la comercialización de bienes y servicios (espacio público disponible), el número de operadores interesados en acceder al espacio público y el tipo de uso que prevén realizar (demanda de espacio público), los procedimientos de otorgamiento más apropiados para garantizar la concurrencia en atención a la demanda de espacio público (otorgamiento directo o en régimen de concurrencia), o los niveles de publicidad y transparencia necesarios para que los operadores económicos puedan conocer, participar y/o reaccionar en todo momento ante la gestión administrativa del espacio público.

Si bien el alcance de las actuaciones de planificación tendría que determinarse por los ayuntamientos, en función de la realidad económica de cada municipio, sería recomendable que se tuvieran en cuenta un mínimo de actuaciones, como las que se proponen a continuación. Sin embargo, una premisa que de entrada se puede tener en consideración es que, cuanto más sean los agentes económicos y los consumidores afectados por la gestión del espacio público, mayores deberían ser los esfuerzos para implantar una cultura de planificación.

IDENTIFICAR LOS ESPACIOS PÚBLICOS DISPONIBLES

Identificar los espacios públicos susceptibles de utilización privativa o aprovechamiento especial, así como los objetivos y las políticas municipales que justificarían los posibles usos y aprovechamientos especiales.

DETERMINAR LAS ACTIVIDADES ECONÓMICAS DE INTERÉS MUNICIPAL

Determinar los tipos de actividades económicas que se pretenden promover o potenciar en espacios públicos y el número de agentes económicos interesados en ejercerlas, a partir, por ejemplo, de consultas públicas.

ELABORAR PLANES ANUALES O PLURIANUALES

Elaborar planes anuales o plurianuales de la actividad administrativa de gestión del espacio público para que los operadores económicos puedan conocer el tipo de actividades que se podrán realizar en el espacio municipal, los procedimientos de otorgamiento que se tramitarán a tal efecto, incluida la fecha de tramitación de estos procedimientos, así como la duración de los títulos administrativos¹².

EVALUAR LA PLANIFICACIÓN

Evaluar, de manera anual o plurianual, los efectos sobre la competencia derivados de las actuaciones de planificación y proponer mejoras en la actuación administrativa para corregir posibles restricciones de competencia.

Los beneficios de introducir una cultura de planificación son múltiples. Por una parte, la planificación promueve una gestión más eficiente del espacio público. En este sentido, conviene recordar que la eficiencia en la gestión administrativa es clave para generar competencia dentro de los mercados y los sectores económicos locales y, por tanto, crear entornos en los que las empresas se presenten a los procedimientos de otorgamiento de autorizaciones, realizando esfuerzos e invirtiendo recursos para ofrecer productos y servicios, de mejor precio o calidad que los ofrecidos por otras empresas competidoras solicitantes de autorizaciones, en beneficio de la ciudadanía.

¹² Sin perjuicio de cuál sea el medio de publicidad y difusión de los planes anuales o plurianuales escogido por cada municipio (portales de transparencia y buen gobierno, entre otros), es necesario que la información accesible para los operadores se presente de manera agregada.

Por otra parte, la planificación también contribuye a una buena administración. Su implementación como buena práctica no es otra cosa que un ejercicio de transparencia, el cual puede incrementar la confianza de los operadores económicos en la administración pública y, conjuntamente, reducir los riesgos asociados a determinadas prácticas (discriminaciones entre operadores, negativas a facilitar información, entre otras) que, por los efectos que generan, entran dentro del ámbito de observación de las autoridades de competencia.



Servicios de movilidad compartida

La falta de planificación -y de la transparencia asociada a esta- puede comportar el otorgamiento de ciertas ventajas competitivas en determinados operadores, sobre todo en el caso de las actividades económicas de carácter innovador o disruptivo, que requieren el uso del espacio público para su desarrollo. En estos casos, puede suceder que la administración pública otorgue una autorización para un determinado uso del espacio público al primer operador que lo solicita y después limita, durante un cierto tiempo, la entrada a nuevos operadores para desarrollar las mismas actividades (no otorgándoles las autorizaciones) que lo solicitan posteriormente.

Por ejemplo, la ACCO ha recibido quejas de operadores del servicio de movilidad urbana compartida, en concreto, de operadores del mercado de servicio de patinete eléctrico compartido, que ponían de manifiesto situaciones en que administraciones locales, al tratarse de un servicio innovador, pero no previsto por el Ayuntamiento, firmaban convenios de colaboración con el primer operador que mostraba interés en prestar este servicio al municipio¹³.



Situaciones como esta evidencian los problemas que, en términos de competencia, se derivan de la falta de planificación por parte de las administraciones, ya que el primer operador entrante se sitúa en una posición de privilegio respecto de otros posibles

¹³ Es el supuesto analizado por la ACCO en el documento de [Consideraciones, desde una perspectiva de competencia, del otorgamiento de varias autorizaciones para la implantación del servicio de alquiler de patinete eléctrico en la ciudad de Tarragona](#) (ref. CO 231/2020).

prestadores, los cuales no habrán podido ni siquiera optar a participar en un procedimiento para obtener un título habilitante. En estos supuestos, la planificación evitaría estas alteraciones injustificadas de las condiciones de competencia en el mercado y, en caso de que no fuera factible la planificación (imaginamos el caso de una actividad muy innovadora o disruptiva que no ha sido contemplada por la administración), sería idóneo reforzar la transparencia de la actuación pública y, en esta línea, hacer público el interés de la administración de posibilitar el ejercicio de una determinada actividad de manera que los otros operadores eventualmente interesados puedan disponer de las mismas garantías y oportunidades.

Recomendación 2: Priorizar la tramitación de procedimientos de concurrencia competitiva

El uso privativo o el aprovechamiento especial de los espacios públicos está sometido al régimen de autorización en concurrencia cuando, de acuerdo con lo establecido en la normativa actual, el número de operadores se encuentra limitado.

No obstante, en la práctica, son numerosas las administraciones, sobre todo las locales, que, en lugar de utilizar la fórmula de otorgamiento del concreto título habilitante basada en la concurrencia competitiva, recurren al sorteo público, dado que, según el artículo 92 de la Ley 33/2003, este es el sistema de otorgamiento que tiene que utilizarse cuando no existan condiciones especiales a valorar entre los diferentes solicitantes. Fuera de lo que recoge el mencionado artículo, también hay ayuntamientos que deciden celebrar convenios de colaboración directamente con los operadores privados interesados en hacer uso del dominio público.

Desde la ACCO, se han analizado los daños y beneficios para la competencia de varias actuaciones administrativas en este ámbito y, en particular¹⁴, ha recomendado a

¹⁴ Por ejemplo, en las [Recomendaciones sobre la regulación de la actividad de vehículo compartido \(“sharing”\)](#) (ref. OB 58/2021), la ACCO señaló la preferencia del sistema de concurso al de sorteo, en la medida en que permitía capturar los beneficios de la competencia por el mercado. Más recientemente, en el [Informe de regulación sobre las bases reguladoras para el otorgamiento y la gestión de las licencias metropolitanas temporales de uso común especial del dominio público para el estacionamiento de ciclomotores y motocicletas de uso compartido en régimen de explotación económica en el ámbito Llobregat-Barcelona-Besòs](#) (ref. IR 66/2023) la ACCO ha reiterado los problemas del sorteo el cual “no permite capturar los esfuerzos empresariales de los diferentes operadores que participan ni, por lo tanto, capturar los beneficios derivados de un proceso de selección basado en la rivalidad competitiva”.

diferentes administraciones públicas que prioricen la tramitación de procedimientos que resulten respetuosos con los principios de concurrencia y competencia, como son los procedimientos en régimen de concurrencia competitiva (concursos).

La razón principal es que insertan la evaluación de los méritos empresariales en la toma de decisiones administrativas de autorización, de manera similar a los procedimientos de contratación pública. Este sistema facilita a las administraciones públicas la valoración de las ofertas (o solicitudes) presentadas por las empresas solicitantes, puesto que esta valoración pasa a ser objetiva, y no se hace depender de factores como el azar o de criterios subjetivos, como sucede en el marco de los sorteos o cuando la administración firma convenios de colaboración con determinados operadores.

En este sentido, recordar que la tramitación de procedimientos en régimen de concurrencia competitiva, tanto en lo que respecta a los supuestos previstos normativamente y en virtud de los cuales se obliga a los poderes públicos a otorgar los títulos correspondientes por concurso, como en lo que respecta a los supuestos en que la administración pública voluntariamente decide convocarlos sin haber recibido solicitudes, no solamente inserta garantías de transparencia, publicidad, objetividad, imparcialidad y concurrencia competitiva, sino que constituye el régimen preferente según la normativa aplicable¹⁵.

A juicio de la ACCO, la finalidad del artículo 92 de la Ley 33/2003 no es otra que asegurar que, cuando dos o más operadores compiten por la obtención de una autorización, se seleccione aquel que más positivamente incida en el uso del espacio público municipal, sea por las características de su estrategia empresarial, sea por las características de los bienes y servicios que ofrece.

Por lo tanto, atendiendo a la finalidad pretendida y para el cumplimiento del artículo 92 de la Ley 33/2003, sería deseable que las administraciones dedicaran los mayores esfuerzos posibles en determinar estas “condiciones especiales” a las cuales hace referencia el artículo mencionado, con el objetivo de poder valorar los méritos empresariales y otras características de los solicitantes y optar así, en el mayor número posible de casos, por procedimientos en régimen de concurrencia competitiva para la selección del operador u operadores solicitantes del uso del dominio público.

15 El artículo 92 de la Ley 33/2003 establece que “Las autorizaciones se otorgarán directamente a los peticionarios que reúnan las condiciones requeridas, salvo si, por cualquier circunstancia, se encontrase limitado su número, en cuyo caso lo serán en régimen de concurrencia y si ello no fuere procedente, por no tener que valorarse condiciones especiales en los solicitantes, mediante sorteo, si otra cosa no se hubiese establecido en las condiciones por las que se rigen”.



Comercialización de productos pirotécnicos

Parte de las quejas recibidas por la ACCO sobre la ocupación del espacio público hacen referencia a la falta de garantías que supone el uso del sorteo público, a modo de ejemplo, para autorizar la instalación de chiringuitos de venta de productos pirotécnicos.

En relación con esta cuestión, la ACCO ha considerado que, a pesar de que pueda resultar un sistema atractivo, principalmente, por su bajo coste administrativo, el sorteo no garantiza el desarrollo de una competencia real y efectiva entre las empresas comercializadoras de productos pirotécnicos.

Por una parte, la ACCO ha recordado que, en el marco de un sorteo, los operadores económicos ven limitada su capacidad de competir sobre la base de sus méritos empresariales y, la ciudadanía, la de acceder a mejores productos y servicios o a una mayor variedad de estos.

Desde otro ángulo, ha observado que, varias veces, el sorteo incentiva prácticas empresariales contrarias a los principios de igualdad y concurrencia (como, por ejemplo, la presentación de múltiples solicitudes por parte de un mismo solicitante, a través de diferentes personas físicas o jurídicas vinculadas, con el fin de contar con más oportunidades de resultar ganador del sorteo).

Por este motivo, la ACCO recomendó el otorgamiento de licencias para la comercialización de productos pirotécnicos en régimen de concurrencia, de manera preferente al sorteo¹⁶.



Realización de espectáculos de circo

Otras quejas mencionan los riesgos para la competencia de la celebración de convenios de colaboración de manera exclusiva y/o excluyente, sin garantías suficientes de transparencia y publicidad. En particular, la ACCO ha analizado convenios de colaboración entre un ayuntamiento y una empresa de espectáculos de circo.

¹⁶ Véase la [nota de prensa](#) publicada por la ACCO el 9 de junio de 2022.

Ha considerado que, en determinados casos, la firma de convenios de colaboración puede no resultar suficientemente respetuosa con los principios de publicidad, igualdad de trato, concurrencia y competencia y, además, puede suponer la exclusión injustificada de determinados agentes de los mercados y, por lo tanto, el propio cierre del mercado. En este sentido, conviene recordar que los convenios de colaboración eliminan la incertidumbre estratégica a la cual tienen que hacer frente los operadores en contextos de concurrencia competitiva.

A partir de los casos examinados, la ACCO ha recomendado sustituir la firma de convenios de colaboración por la tramitación de procedimientos en régimen de concurrencia. También ha manifestado la necesidad de que, antes de celebrar convenios de colaboración, se abran periodos de información pública con el fin de comprobar si hay más de un operador interesado en ejercer una misma actividad y, de esta manera, evitar posibles afectaciones a la competencia.

Recomendación 3: Revisar o introducir mejoras en el diseño de las bases o los pliegos

Tal como hemos señalado anteriormente, a través de la elaboración de las bases, o de los pliegos de cláusulas administrativas particulares que rigen el otorgamiento de autorizaciones, las administraciones públicas pueden intervenir en el ejercicio y desarrollo de determinadas actividades económicas. Es importante tener en cuenta que, en estos documentos, se delimitan aspectos tan relevantes como, por ejemplo, los destinatarios, los requisitos de concurrencia, la división en lotes y los criterios de competencia basados en méritos de los procedimientos de autorización.

Habida cuenta de que tanto la concurrencia como la competencia entre operadores también dependen de si los requisitos y criterios que se establezcan en las bases y los pliegos que rigen los procedimientos son necesarios y proporcionales y, en definitiva, no las limiten ni las restrinjan, sería conveniente que los ayuntamientos aplicaran los principios de buena regulación económica, así como la práctica de las autoridades de competencia en este ámbito. Por lo tanto, sería necesario introducir las mejoras necesarias en el diseño de los procedimientos (a través de las bases o los pliegos) con el objetivo de prevenir que, de la actuación administrativa relativa a la utilización de los espacios públicos, se derive un impacto negativo en términos de competencia.

3.1. Requisitos de concurrencia

Desde la perspectiva de competencia, las normas recogidas en las bases o los pliegos reguladores deberían garantizar la libre entrada y la igualdad de trato entre los diferentes operadores de mercado. Debe tenerse en cuenta que una correcta definición de los requisitos de concurrencia protege a las empresas de distintas maneras.

Por una parte, garantiza el ejercicio de la libertad de empresa y, por otra parte, la competencia real y efectiva entre empresas (es decir, la rivalidad entre estas), la cual, como ya se ha expuesto, beneficia a la ciudadanía (porque es probable que de la intervención de más de una empresa en los procedimientos de otorgamiento se obtengan productos y servicios de mejor precio y calidad y una mayor variedad de estos, para los habitantes de un municipio).

Sobre esta cuestión, la problemática observada radica en la falta de control previo (*ex ante*) por parte de los entes locales de los requisitos de concurrencia, en el sentido de evaluar si son imprescindibles para la valoración de su admisión (o no), o si pueden sustituirse (o no) por otros que resulten menos lesivos para la competencia.

En relación con este aspecto, sería conveniente que las administraciones, a la hora de formular los requisitos de concurrencia, implementaran buenas prácticas que contribuyeran al mantenimiento de la necesaria neutralidad competitiva¹⁷, es decir, no conceder privilegios, priorizar o situar en una posición más ventajosa a determinados operadores frente de otros, por vía de la regulación que en cada caso adopten (bases, pliegos, otros documentos de los procedimientos).

Particularmente, no se debería proteger a determinadas empresas o personas físicas, en razón de su nacionalidad, lugar de residencia, naturaleza, forma jurídica y/o titularidad previa de autorizaciones dentro de un mismo municipio. Tampoco se deberían establecer criterios de solvencia, tanto económica como técnica o profesional, que no se encuentren justificados según los principios de necesidad y proporcionalidad, aten-

¹⁷ Véase la nota al pie número 5.

diendo a la potencialidad restrictiva (es decir, que pueden dificultar la concurrencia a los procedimientos) que estos presentan¹⁸.

3.2. División en lotes

Cuando los quioscos o las paradas donde se desarrolla la actividad económica se ubican en diferentes zonas de un municipio, el otorgamiento de autorizaciones para la ocupación privativa del espacio público, usualmente, se produce en lotes.

En este contexto, algunos ayuntamientos deciden limitar el número de proposiciones u ofertas que los operadores pueden presentar, generalmente, estableciendo que solamente podrán presentarse a un único lote o a un número determinado de lotes inferior al número total.

La ACCO entiende que, con este tipo de limitación a la concurrencia, los ayuntamientos pretenden promover la participación de las PYMEs en la economía local y, específicamente, evitar que sea una única empresa la encargada de proveer ciertos bienes y servicios.

Ahora bien, considera que este objetivo no se debería promover mediante el establecimiento de límites al número de lotes a los cuales cada operador puede presentarse, sino a partir de alternativas de apoyo a las PYMEs menos perjudiciales para la competencia (por ejemplo, por medio del establecimiento de requisitos de concurrencia que les

18 En cuanto a los requisitos de solvencia económica y financiera, en el Informe 66/2023 precitado, la ACCO ha considerado que, dado que la exigencia de garantías de naturaleza financiera (avales, seguros) para acceder y actuar en el mercado, vía ocupación del dominio público, supone una carga para los operadores, esta tiene que analizarse desde el prisma de una regulación eficiente y procompetitiva, según el cual dicha exigencia se tendría que evaluar de acuerdo con los principios de necesidad y proporcionalidad. Sobre las referencias de las bases reguladoras analizadas a las obligaciones de constituir una garantía o aval -de una parte- y de disponer de un seguro de responsabilidad civil adicional al seguro obligatorio que exige la normativa -por otra parte-, consideró lo siguiente: *“En cuanto a la necesidad, la ACCO considera que habría que justificar adecuadamente la exigencia, solapada, de una garantía o aval y de un seguro de responsabilidad civil, tal como están configuradas en las Bases reguladoras. En este sentido, los objetos de cada uno de estos instrumentos son similares (el daño al dominio público al que se refiere el seguro muy probablemente derivaría del incumplimiento de la normativa o del desarrollo incorrecto del uso de la licencia), por lo tanto, nos encontraríamos ante una duplicidad. Por los mismos motivos, también habría que fundamentar adecuadamente la exigencia de un seguro de responsabilidad civil complementaría al seguro obligatorio de los vehículos, con el objetivo de evitar un doble seguro innecesario (porque la responsabilidad civil ya estaría debidamente garantizada con el seguro obligatorio) que comporte un aumento injustificado de los costes de los operadores”*.

faciliten la participación o, ya en el contexto del procedimiento propiamente dicho, vía criterios de valoración adaptados a las características de los operadores que garanticen la concurrencia efectiva de esta tipología de empresas).

3.3. Criterios de valoración

Frecuentemente, a través de las bases que rigen los procedimientos de otorgamiento de los títulos habilitantes, se establecen ciertos tratos preferenciales o discriminatorios a favor de determinados operadores vía los criterios de valoración de las ofertas presentadas, de manera que alteran las condiciones de rivalidad entre los solicitantes de licencias (es decir, son contrarios a la neutralidad competitiva).



Prestación de servicios de temporada en las playas

Por ejemplo, a la hora de autorizar la prestación de servicios de temporada en las playas (quioscos de alimentos y bebidas, de alquiler de embarcaciones sin motor, de escuelas náuticas, etc.), hay ayuntamientos que valoran la experiencia profesional previa de los solicitantes en el municipio. Desde el punto de vista de la ACCO, este tipo de criterio de valoración debe considerarse injustificado y distorsionador de la competencia.



Como consecuencia, en determinados municipios, son siempre los mismos operadores los que, a lo largo del tiempo, ocupan un mismo espacio público (por ejemplo, un mismo quiosco o parada), dado que es poco probable que las administraciones analicen si los pliegos de cláusulas administrativas, las ordenanzas municipales, u otros documentos que se adopten para la concesión de licencias de ocupación, incluyen criterios de valoración restrictivos de la competencia.

En este caso, la aproximación de las diferentes autoridades de competencia sobre este tema, incluida la ACCO, es la de recordar a las administraciones responsables que, en el otorgamiento de licencias para la ocupación de los espacios públicos, se deberían garantizar los principios de publicidad, objetividad, imparcialidad, transparencia y concurrencia competitiva. Algunas autoridades han aterrizado esta aproximación en el ámbito de los criterios de valoración recomendando específicamente a los ayuntamientos que se eviten aquellos criterios que puedan discriminar a los diferentes solicitantes por razones de nacionalidad, de lugar de residencia o de experiencia previa dentro de un municipio, al tratarse de criterios restrictivos de la competencia -que, además, pueden incentivar la adopción de prácticas colusorias-.

Otras, han recomendado la revisión de los requisitos para el ejercicio de actividades económicas, cuando estos entren en colisión con los principios de no discriminación entre operadores económicos, de necesidad y de proporcionalidad (en línea con lo que se ha expuesto en el apartado 3.1. Requisitos de concurrencia).



Explotación de ferias de atracciones

La Agencia de la Competencia y de la Regulación Económica de Andalucía (ACREA) emitió unas consideraciones sobre los criterios de valoración técnica utilizados por varios ayuntamientos para la concesión de licencias de ocupación de parcelas municipales para la instalación de ferias de atracciones. En especial, respecto de la práctica administrativa de adjudicar parcelas donde instalar ferias de atracciones a partir de criterios de valoración de la antigüedad de los feriantes.

En dichas consideraciones, de 23 de abril de 2017, la ACREA puso de manifiesto, de una parte, que los criterios de valoración territoriales o de experiencia se tendrían que evitar; y, por otra parte, se tendrían que evaluar a partir de los principios previstos en la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado (LGUM).

En este marco, la ACREA señaló que *“sería de interés que las diferentes Corporaciones Locales realicen una revisión de las ordenanzas municipales así como de aquellos actos y documentos que afecten a la concesión de las licencias de ocupación para la implantación de atracciones de feria, con el objetivo de garantizar la adecuación a los principios establecidos en la LGUM, en particular, evitando cualquier criterio o mención que suponga establecer requisitos discriminatorios o desproporcionados contrarios a la LGUM, como*

se ha detallado en esta circular y que, de manera directa o indirecta, pudieran desembocar en prácticas colusorias entre operadores económicos contrarias a la libre competencia”¹⁹.

En un supuesto diferente, aunque relacionado con esta misma problemática, la ACREA también llevó a cabo actuaciones de promoción respecto de una ordenanza municipal reguladora de una feria por incluir disposiciones restrictivas del mantenimiento de una competencia efectiva en los mercados. Estas restricciones se concretaban en el otorgamiento de un “trato preferencial” a los operadores que ya habían ocupado parcelas del municipio para ejercer actividades dentro de la feria. En este caso, la ACREA interpuso recurso contencioso administrativo contra la ordenanza, el cual fue estimado por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, mediante Sentencia número 849/2017, de 14 de septiembre de 2017, dictada en el marco del recurso 329/2015, al reconocer en los mismos términos que la ACREA que la regulación prevista en la ordenanza no respetaba de manera suficiente la libre competencia.



Servicios de enseñanza de esquí

El Tribunal de Defensa de la Competencia de Aragón (TDCA), en el Acuerdo relativo al Expediente 04/2019/COMP Escuela de Esquí Kaihopara, de 29 de mayo de 2020, analizó la decisión del Servicio Provincial de Agricultura, Ganadería y Medio Ambiente de Huesca de no autorizar un operador económico para prestar el servicio de enseñanza de esquí en la estación de Formigal, en razón de la existencia de una concesión de uso privativo para la actividad de enseñanza de esquí, la cual había sido previamente otorgada, por parte del ayuntamiento de la localidad de Sallent de Gállego, a la Escuela Española de Esquí de Formigal (EEEEF).

Pese a que el TDCA acordó la no incoación de un expediente sancionador por conductas prohibidas en la Ley 15/2007, de 3 de julio, de defensa de la competencia, reconoció que la concesión a favor del EEEF había provocado el cierre del mercado de servicios de enseñanza de esquí.

¹⁹ En relación con estas consideraciones, véase también el Informe de la CNMC de 16 de junio de 2017, sobre la reclamación presentada, al amparo del artículo 28 de la LGUM, contra las exigencias de determinados ayuntamientos en relación con la autorización para la instalación de atracciones de feria (UM/096/17). Según el Informe, cuando el número de operadores es limitado para la utilización del dominio público, los ayuntamientos, en lugar de conceder licencias de ocupación de espacios municipales para la instalación de ferias de atracción a los feriantes que ya han ejercido la actividad dentro del municipio, sería oportuno que tramitaran los correspondientes procedimientos de concurrencia competitiva y utilizaran criterios de valoración para configurar la oferta de los parques de atracciones.

En consecuencia, recomendó al ayuntamiento gestor del uso privativo, adjudicador de la concesión, que la revisara de oficio a efectos de eliminar los aspectos restrictivos para la competencia (el carácter exclusivo y excluyente).

El TDCA consideró que el diseño de la concesión y, por ende, de los pliegos, debía adaptarse como consecuencia de la aparición de otras escuelas de esquí similares a la EEEF (nueva realidad del mercado). También recomendó adecuar la duración de la concesión a la normativa sectorial aplicable, así como ajustar la exigencia de valorar preferentemente las ofertas que implicaran la contratación de personal empadronado en la localidad de Sallent de Gállego a lo previsto en la normativa europea y nacional de aplicación.

Sobre esta última cuestión, el TDCA razonó que, debido al carácter transfronterizo de la actividad y la normativa vigente, la prestación de servicios de enseñanza de esquí debía quedar garantizada a los profesionales de otros estados miembros de la Unión Europea. Sin ir más lejos, argumentó que, en el ejercicio de actuaciones administrativas, la selección de operadores tenía que regirse por los principios de no discriminación entre operadores, necesidad y proporcionalidad.

Recomendación 4: Aplicar los principios de contratación pública

Actualmente, algunas administraciones optan por aplicar los principios rectores de la contratación pública, mediante la remisión de los pliegos a la normativa vigente en este ámbito²⁰ o en aplicación de la propia Ley 33/2003, la cual, por ejemplo, prevé el régimen de concurrencia para el otorgamiento de concesiones.

En la medida en que la aplicación de los principios de libertad de acceso, publicidad, transparencia, no discriminación e igualdad de trato (principios rectores tanto de la normativa de contratación pública como de la política de competencia) es una garantía para la correcta tramitación de procedimientos patrimoniales en régimen de concurrencia, sería bueno que se tuvieran en cuenta para la selección de los operadores de mercado que pretenden hacer un uso privativo de espacios públicos, de manera complementaria a la aplicación de la

²⁰ Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014.

normativa patrimonio de las administraciones públicas y teniendo en consideración la interpretación de las juntas consultivas y de los tribunales sobre cuál tiene que ser el alcance de esta aplicación, así como la realizada por las autoridades de competencia.

En este sentido, la Junta Consultiva de Contratación Pública de Cataluña ha reconocido que los principios de contratación pública son aplicables cuando las bases o los pliegos lo prevean expresamente²¹. Adicionalmente, los tribunales han considerado que tiene sentido aplicar los principios rectores de la normativa de contratación pública cuando la selección de un operador, de acuerdo con la normativa de patrimonio de las administraciones públicas, se hace en régimen de concurrencia²².

Por último, las autoridades de competencia han hecho suya esta interpretación al considerar que la referencia de la Ley 33/2003 al régimen de concurrencia supone la observancia de la normativa de contratación pública²³.

21 Véase el Informe 14/2023, de 4 de mayo, de la Junta Consultiva de Contratación Pública de Cataluña. En este sentido, la Junta señala que *“Así, por una parte, el artículo 9.1 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP) –de carácter básico, de acuerdo con su disposición final primera– excluye de su ámbito de aplicación, entre otros, las concesiones sobre bienes de dominio público y dispone que se regularán por su legislación específica, salvo en los casos en que expresamente se declaren aplicables las prescripciones de la propia LCSP. La exclusión de las concesiones sobre bienes de dominio público de la normativa de contratación pública no es absoluta dado que, además de poder proceder la aplicación de los principios de la LCSP para resolver las dudas y lagunas de conformidad con su artículo 4, también será de aplicación cuando así se declare expresamente”*.

22 La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en la Sentencia número 876/2018, de 29 de noviembre de 2018, dictada en el marco del recurso 419/2015, ha considerado que: *“Ahora bien, no cabe olvidar que el artículo 93.1 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas, precepto de carácter básico según su disposición final 2ª, establece que “ el otorgamiento de concesiones sobre bienes de dominio público se efectuará en régimen de concurrencia”. En consecuencia, la exigencia de que la selección del adjudicatario se haga mediante un procedimiento abierto a la participación de los interesados justifica que deba acudir a la legislación de contratos, dado el carácter manifiestamente insuficiente de la normativa patrimonial sobre este particular. Es en este sentido que debe entenderse la cita que efectúa en este caso el pliego de cláusulas de la Ley de Contratos del Sector Público. No se trata de una remisión en bloque a la misma, que resultaría incompatible con la distinta naturaleza existente entre una concesión demanial y un contrato, sino sólo de una llamada a los preceptos reguladores del procedimiento aplicable a la selección del adjudicatario”*.

23 En el Informe, de 7 de noviembre de 2016, sobre la reclamación presentada, al amparo del artículo 28 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, relativa al transporte urbano de finalidad turística (UM/129/16), la CNMC consideró que, cuando el número de operadores de servicios de transporte turístico urbano deba ser limitado, de acuerdo con las características del municipio y del servicio, las autorizaciones para el uso especial del dominio público deben otorgarse a través de un procedimiento de concurrencia. En particular, señaló lo siguiente: *“La celebración del procedimiento concurrencial deberá respetar, en los términos que proceda, la Ley de Contratos del Sector Público”*. Y respecto de la aplicación de la LCSP en los casos en que no sea posible recurrir a la adjudicación directa, indicó que: *“La exigencia de acudir a la LCSP resulta del propio artículo 92.1 LPAP en la medida en que exige un “procedimiento de concurrencia” para la adjudicación de autorizaciones cuando el número de operadores deba ser limitado. Dicha referencia debe ponerse en relación con el artículo 4.1.o) LCSP, según el cual se excluyen las autorizaciones de uso del dominio público salvo que exista remisión a dicha LCSP [están excluidas de la LCSP] “Las autorizaciones y concesiones sobre bienes de dominio público y los contratos de explotación de bienes patrimoniales distintos a los definidos en el artículo 7, que se regularán por su legislación específica salvo en los casos en que expresamente se declaren de aplicación las prescripciones de la presente Ley”*”.

Recomendación 5: Supervisar la gestión de los mercados y las ferias

Un supuesto muy concreto de asignación del dominio público es el que se produce cuando se celebran ferias u otros eventos de carácter colectivo promovidos tanto por la propia administración titular del dominio público como por promotores privados.

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 requeridas por cada uno de los operadores que pretendan participar, por ejemplo, en la feria. En cambio, en el segundo supuesto hablamos de acontecimientos de carácter colectivo organizados por asociaciones, entidades u otras personas de naturaleza privada a quienes la administración titular ha otorgado la autorización o la licencia correspondiente para la ocupación del dominio público, pero en que son estos promotores privados los que posteriormente llevan a cabo la selección de los operadores que podrán participar en el acontecimiento en cuestión.

En ambos supuestos se ha observado que la gestión de estos espacios públicos puede ser conflictiva en términos de competencia, por ejemplo, en la atribución de los espacios a los operadores participantes en estos acontecimientos. En particular, se ha observado con cierta frecuencia la aplicación de criterios de adjudicación (i) discriminatorios, no objetivos y excluyentes, mediante los cuales se otorga un trato preferente a determinados operadores respecto de otros o directamente, se restringe la participación de ciertas tipologías de operadores; (ii) no suficientemente definidos ni motivados en cuanto a la necesidad y proporcionalidad; (iii) aptos para alterar injustificadamente las condiciones de competencia entre los operadores participantes. Incluso, en algunos supuestos, estos problemas han constituido auténticas infracciones del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de defensa de la competencia²⁴.

²⁴ Véase la [Resolución del Consejo de Defensa de la Competencia de Andalucía, de 5 de septiembre de 2017, dictada en el marco del expediente S/08/2017](#), mediante la cual se declaró a la Asociación de Empresarios Feriantes de Andalucía, Ceuta y Melilla responsable de una infracción del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de defensa de la competencia, dado que había aplicado criterios de antigüedad, como criterios de adjudicación, así como determinadas normas internas que habrían supuesto la aplicación de un trato discriminatorio entre los empresarios feriantes y una restricción de la libre competencia. En dicha Resolución, el Consejo recordó y confirmó el criterio adoptado por el Tribunal de Defensa de la Competencia de la Comunidad Valenciana, en su Resolución, de 14 de enero de 2010, relativa al expediente 1/2009, incoado contra la Asociación Provincial de Feriantes Industriales de Valencia, en cuanto a la adjudicación de puestos dentro de un recinto ferial a los empresarios titulares de autorizaciones en ediciones anteriores. Véanse, también, las Resoluciones de terminación convencional del Tribunal Catalán de Defensa de la Competencia de la ACCO, de 16 de febrero de 2017 y 22 de mayo de 2013, dictadas en el marco de los expedientes [63/2014 – Feria de Sant Ermengol](#) y [24/2010 – Patronato ferias de Mollerussa](#), respectivamente, en virtud de las cuales se expuso la problemática del establecimiento de determinados requisitos de participación en ferias y mercados y su compatibilidad con la Ley 15/2007, de 3 de julio, de defensa de la competencia.



Ferias agrícolas locales

En este caso, se trata de una situación analizada por la Autoridad Vasca de la Competencia/*Leiharen Euskal Agintaritza (AVC/LEA)*²⁵, a raíz de diferentes quejas recibidas por parte de operadores que no podían acceder a los mercados de ferias locales organizados en el País Vasco. La Autoridad decidió analizar la normativa que regula las ferias y los mercados organizados en distintos municipios y, especialmente, la de Bilbao.

Sin entrar en detalle del caso concreto, nos interesa destacar aquí el hecho de que se trataba de ferias agrícolas celebradas en el municipio de Bilbao de las cuales el Ayuntamiento no era el organizador, sino que eran promovidas por asociaciones y entidades sin ánimo de lucro a quienes el Ayuntamiento otorgaba la autorización administrativa correspondiente para la ocupación del espacio público.



En estas autorizaciones se recogían las condiciones generales y específicas para el uso del espacio para la celebración del evento y se solicitaba al promotor que aportara una relación o lista de expositores que participarían en la feria agrícola de que se trataba, sin especificar ninguna indicación respecto de la selección de estos expositores o participantes.

La AVC/LEA analizó los criterios de selección de los expositores utilizados en estas ferias durante el año 2018 y estimó que, en algunos casos, se utilizaban criterios como el hecho de estar implantado en la misma provincia de celebración del acontecimiento, la valoración de la trayectoria en la feria, el conocimiento del entorno o la procedencia, por ejemplo. Para la Autoridad, la normativa local analizada no garantizaba que se adjudicaran los diferentes puestos o paradas de estas ferias en régimen de competencia competitiva y que se cumplieran los principios de transparencia, imparcialidad, no discriminación y publicidad.

Finalmente, recomendó que las bases que regularan el acceso y la participación en los mercados y las ferias que se desarrollen en el espacio público municipal, se diseñaran

²⁵ Informe de la AVC/LEA, adoptado fecha 24 de julio de 2019, en relación con la adjudicación de puestos en los mercados y ferias locales.

de manera que garantizaran la igualdad de condiciones para todos los participantes, con criterios claros, sencillos, objetivos y predictibles, indicando la puntuación que correspondiera a cada uno de ellos, dejando claro que en ningún caso el procedimiento de selección podría discriminar por razones de nacionalidad, residencia o domicilio. Adicionalmente, la Autoridad recomendó que el Ayuntamiento fuera el encargado de realizar o, como mínimo, supervisar el proceso de adjudicación de las diferentes puestos o paradas en estos eventos promovidos por aquellas entidades.

Más allá de la necesidad de seguir las recomendaciones efectuadas en este documento por parte de la administración cuando actúa como organizadora de este tipo de acontecimientos, la problemática detectada en el ámbito de los promotores privados requiere 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, sean conscientes de que tienen que aplicar las mismas garantías de competencia que las que se indican en este documento y contribuir, así, al mantenimiento de la neutralidad competitiva²⁶.

En este sentido, aunque son las autoridades de competencia las que pueden controlar y supervisar las actuaciones de operadores o asociaciones contrarias a la normativa de competencia, sería necesario que los ayuntamientos revisaran si los criterios seguidos por los terceros organizadores de este tipo de acontecimientos son procompetitivos y compatibles con la normativa de competencia y, en caso de detectar posibles incumplimientos, solicitaran la colaboración de la ACCO.

²⁶ Véase, en este sentido, el [Informe de la AVC/LEA, adoptado en fecha 24 de julio de 2019, en relación con la adjudicación de puestos en los mercados y las ferias locales.](#)

Recomendación 6: Delimitar de manera adecuada y justificada la duración de los títulos administrativos

Finalmente, la duración de las licencias o concesiones también tiene un impacto en la competencia. Este impacto surge porque, durante la vigencia o duración de un título administrativo, solo la empresa que lo ostenta puede ejercer una actividad económica (hecho que determina el cierre del mercado).

Así, no puede obviarse que las administraciones públicas pueden amparar o proteger un determinado operador (adjudicatario del título) de la rivalidad competitiva ejercida por parte de otros operadores (solicitantes no adjudicatarios), en especial, cuando la duración de los títulos administrativos es injustificada por alargar excesivamente la situación de cierre de mercado.

A consecuencia de eso, se entiende que, con respecto a la delimitación de la duración o vigencia de las autorizaciones administrativas, la administración pública debería velar para que esta fuera la adecuada, de manera que el tiempo transcurrido entre los diferentes procedimientos de otorgamiento sea el mínimo posible y, por lo tanto, que la concurrencia y competencia se produzca de manera periódica y recurrente en el tiempo²⁷.

En esa misma línea, sería conveniente que la administración evitara la prórroga de los títulos administrativos, si esta resulta injustificada según los principios básicos de una regulación eficiente y procompetitiva.

²⁷ La CNMC ha advertido sobre la necesidad de establecer plazos de duración breves, poniendo como ejemplo, la limitación de la duración de las licencias municipales de uso temporal de la vía pública para el desarrollo de la actividad de tren turístico en determinados meses de temporada. Véase el antes citado Informe, de 7 de noviembre de 2016, sobre la reclamación presentada, al amparo del artículo 28 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, relativa al transporte urbano de finalidad turística (UM/129/16). Otras autoridades también han adoptado este criterio. Como se ha expuesto, el TDCA, en el Acuerdo relativo al Expediente 04/2019/COMP Escuela de Esquí Kaihopara, de 29 de mayo de 2020, en que se analizaba la compatibilidad con la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia de una concesión administrativa para el uso privativo de la montaña de Formigal, cuya duración era superior a la duración máxima de treinta (30) años establecida en la normativa de aplicación, recomendó no otorgar concesiones administrativas por periodos largos. Según el razonamiento del TDCA, la competencia “por el” mercado, derivada de actuaciones administrativas, como la adjudicación de concesiones de uso privativo, desaparece cuando la duración de las concesiones es excesivamente larga o desproporcionada.

Complementariamente, resulta imprescindible que la administración pública sea proactiva en el control del cumplimiento de la legalidad²⁸ y responda ágilmente ante posibles irregularidades por parte de los operadores autorizados, sin desaprovechar la oportunidad de tramitar nuevos procedimientos de autorización.

En caso de detección de posibles incumplimientos normativos, se sugiere que todas las administraciones públicas revisen los términos de ocupación del dominio público, de tal forma que se pueda abrir nuevamente el mercado, en interés de los operadores competidores (existentes o nuevos), en lugar de mantener dicha ocupación hasta la finalización del periodo de vigencia del título administrativo.

²⁸ En la [Resolución](#), de 30 de abril de 2008, dictada en el marco del expediente S 3/2008 - Venta Ambulante, la Comisión Gallega de la Competencia, a pesar de no considerar acreditada la existencia de prácticas anticompetitivas, recordó la responsabilidad de los ayuntamientos de controlar la legalidad de las actividades de venta ambulante por los efectos que tienen sobre la competencia y los consumidores.

Autoritat Catalana de la Competència

Via Laietana, 60 - 08003 Barcelona

Tel.: 93 552 81 60

autoritat.competencia@gencat.cat

<http://acco.gencat.cat>

[@competenciakat](#)

