



Resolución 2019R-1765-18 del Ararteko, de 26 de junio de 2019, que recomienda al Ayuntamiento de Bilbao que, en su caso, revise el pliego de condiciones que regula el otorgamiento de autorizaciones para la instalación de txosnas por asociaciones y entidades sin fines lucrativos durante la Aste Nagusia.

Antecedentes

1. La asociación (...), presentó una queja en esta institución por la disconformidad con la resolución de 10 de agosto de 2018, del Concejal delegado del Área de Obras, Servicios, Rehabilitación Urbana y Espacio Público, del Ayuntamiento de Bilbao, por la que se resuelve autorizar a determinadas "Asociaciones y Entidades sin fines lucrativos" el establecimiento de txosnas del 18 al 26 de agosto de 2018.

Esta asociación indica que, dentro del plazo establecido y cumpliendo las condiciones determinadas en el pliego de condiciones que regía el otorgamiento de autorizaciones para la instalación de txosnas, presentó la correspondiente solicitud, si bien no obtuvo la autorización solicitada.

A juicio de la asociación que formula la queja, la solicitud que presentó no fue formulada para una zona determinada del recinto festivo, acotado según consta en el anexo III del pliego de condiciones, sino para todo el recinto festivo, sin perjuicio de señalar su preferencia por la zona de Berastegi, por lo que considera que es incorrecta e irregular la apreciación municipal de que su solicitud lo fue para esa zona exclusivamente.

Por otra parte, la entidad reclamante estima que no consta de forma clara la valoración de los criterios preferentes que prevé el pliego de condiciones en su cláusula 8 b). En su caso, entiende que el Ayuntamiento no ha tenido en cuenta aspectos como la experiencia de su asociación en años anteriores. Cuestiona, en ese sentido, la valoración y acreditación de la actividad por parte de las entidades autorizadas del efectivo cumplimiento de los criterios que se valoran (memoria de actividades de los tres últimos años acreditativa de la estabilidad y solvencia de la solicitante en el ámbito de su actividad; declaración responsable de destino de los recursos en proyectos y actividades concretas; balance de ingresos y gastos, etc.).

Finalmente, la asociación expone que en las zonas autorizadas a diversas asociaciones hay contenedores instalados que no constan en la resolución. Así, en la plaza Circular, hay instalados dos contenedores de más de 16 m² cada uno y dos txosnas. Igualmente, en Berastegi hay instalados otros dos contenedores de 16 m² cada uno que tampoco se contemplan en la resolución por la que se autoriza la ocupación.



En suma, la asociación interesada solicita la intervención de esta institución al estimar que la exclusión de su asociación de la adjudicación del espacio público no ha sido correcta y el procedimiento seguido ha sido irregular.

2. El Ararteko, una vez valorado el contenido de la queja, solicitó información al Ayuntamiento de Bilbao. El concejal delegado del Área de Obras, Servicios, Rehabilitación Urbana y Espacio Público, en su respuesta a esta institución, indica lo siguiente:

“Mediante Resolución de 18 de julio de 2018, se aprobaron los Pliegos de Condiciones que regulan el otorgamiento de autorizaciones para la instalación de Txosnas por asociaciones y entidades sin fines lucrativos durante la Aste Nagusia 2018, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 6, 85.2, 86.2 de la Ley 33/2002, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, en los artículos 75 y 77.1 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales y en la Ordenanza de Espacio Público de Bilbao. En ellos se establecen 10 ubicaciones (3 en Plaza Circular, 2 en C/ Berastegui, 4 en C/ Pedro Ibarretxe y 1 en Plaza Pío Baraja), determinados por la Subdirección de Uso de Espacio Público y Distritos.

La Asociación (...) presenta solicitud de autorización para la instalación de una txosna en el espacio de C/ Berástegui, señalando como prioridad la número 5.(Berástegui) El expediente y la documentación obrante en el mismo, aportada por la interesada se consideró correcta en virtud de la cláusula novena del citado Pliego. Sin embargo, dado que el número de solicitudes excedía del número de ubicaciones disponibles, se resolvió la adjudicación de las autorizaciones a las propuestas que obtuvieron una mejor valoración, según los criterios establecidos en la cláusula OCTAVA del Pliego de Condiciones y la Ordenanza de Fiestas de Bilbao de 2004, y concretamente los siguientes aspectos: Declaración de Utilidad Pública, aplicación de los recursos obtenidos a proyectos a ejecutar en Bilbao, oportunidad e interés social, viabilidad e impacto previsible de los programas a desarrollar e integración estética de la txosna en el entorno, y experiencia e informes favorables en ediciones anteriores.

Se realizaron 3 solicitudes para la ubicación en C/ Berastegui y siendo 2 los espacios disponibles, tras valoración técnica, el resultado fue el siguiente:

1. Ninguno de los solicitantes poseía documento acreditativo de Declaración de Utilidad Pública.
2. Los tres solicitantes disponían de declaraciones responsables con el destino de los recursos _ obtenidos a proyectos a ejecutar en Bilbao, así como la programación a desarrollar.
3. Las Asociaciones "A (...)" y "G (...)" poseían experiencia de actuación favorable en la edición anterior en la misma ubicación.

Es por ello que se procedió a autorizar a estas dos Asociaciones las dos ubicaciones disponibles en la C/ Berástegui, determinada en el Pliego de Condiciones, procediendo a desestimar la solicitud de la Asociación (...) por falta de espacio.

Respecto a lo que alega la entidad reclamante en relación con la sobreutilización del espacio en una de las Txosnas de la C/Berástegui, es cierto que desplazaron la instalación varios metros dejando en su parte trasera un cerramiento que destinaron a almacén, suprimiendo en ese espacio el paso del numerosísimo público que transitaba por la zona. Ante esta situación, la inspección municipal le obligó a despejar esta zona. Asimismo, sobre los diversos contenedores instalados que no constan como espacios disponibles en el Pliego ni en la autorización, existen actas de los inspectores de la Subdirección de Uso de Espacio Público relativos a estas ocupaciones, por las cuales el Ayuntamiento está valorando la procedencia o no de la no devolución de la fianza o de la apertura del correspondiente procedimiento sancionador a las personas o entidades autoras de dichas ocupaciones irregulares.”

3. A la vista de esta respuesta, el Ararteko solicitó nueva información dándole traslado de las consideraciones de esta institución para su contraste y valoración, en los siguientes términos:

“En primer lugar, con respecto a la solicitud presentada por la asociación reclamante, se informa de que la solicitud señaló como prioridad la zona número 5 (Berastegi). Sin embargo, la prioridad de elección del emplazamiento para la ubicación de la txosna no significa que no se opte a todos los emplazamientos posibles según la convocatoria, sino que la elección primera es la que se indicó en la solicitud. El pliego de condiciones que rige la convocatoria nada indica de que, exclusivamente, los solicitantes debían optar a un único emplazamiento, por lo que no parece una interpretación conforme al pliego que la solicitud formulada por la asociación, únicamente, se valorara para el emplazamiento nº 5, ubicación a la que optaron tres entidades, siendo descartada finalmente la de la reclamante.

Con respecto a la valoración de los criterios preferentes según el pliego de condiciones en su cláusula 8.b) que la interesada cuestiona tanto por la valoración que se haya podido realizar de los criterios como por la acreditación de los elementos que son objeto de valoración, según se indicó en la anterior solicitud de información al Ayuntamiento, nada se indica sobre cómo se ha llevado a cabo la valoración ponderada. En este sentido, se solicita el informe de valoración de la comisión técnica prevista en el pliego, según los criterios preferentes que indica el artículo 8.b) del pliego de condiciones, ya que la resolución recibida por la asociación que formula la queja sólo se refiere al cuarto de los criterios por orden decreciente a valorar.



Con relación al pliego de condiciones, el título de la convocatoria se refiere a “Asociaciones y Entidades sin fines lucrativos”, mientras que la cláusula 9.3.2.1 indica que en el exterior de los sobres se deben indicar los datos del solicitante (nombre y dos apellidos de las personas físicas, y nombre y NIF de la Asociación o Entidad sin ánimo de lucro o el Establecimiento hostelero o recreativo al que representan y/o son titulares). Por lo que se solicita aclaración sobre si la convocatoria es exclusivamente para asociaciones y entidades sin ánimo de lucro o también podían acceder a la convocatoria otras entidades personas físicas e incluso establecimientos hosteleros o recreativos y, en ese caso, qué tipo de documentación era exigible.

Finalmente, la asociación reclamante indica que con fecha 12 de septiembre de 2018 presentaron recurso de reposición contra la resolución de 10 de agosto de 2018, por la que se autorizó la instalación de txosnas sin ánimo de lucro en la Aste Nagusia 2018, sin que hasta el momento hayan obtenido resolución alguna.”

4. El Ayuntamiento de Bilbao respondió a esta segunda solicitud de información, aportando la respuesta del Concejal delegado del Área de Obras, Servicios, Rehabilitación Urbana y Espacio Público junto con el informe de la propuesta de resolución del recurso de reposición presentado por la asociación reclamante, a cuyo contenido nos referiremos en el siguiente apartado de consideraciones.

Consideraciones

1. El Ayuntamiento de Bilbao aprobó un pliego de condiciones para el disfrute y aprovechamiento del dominio público para la instalación de txosnas y ejercicio de actividades por asociaciones y entidades sin ánimo de lucro durante la Aste Nagusia 2018.

De conformidad con el artículo primero del pliego de condiciones, el régimen jurídico del aprovechamiento del dominio público se rige por el propio pliego de condiciones, por lo dispuesto por los artículos 3 a 7 de la Ordenanza de Fiestas, por la ordenanza de Uso de Espacio Público; así como por lo dispuesto en la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas –LPAP– y el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales -RB-, aprobado por el Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio.

A estos efectos, el artículo 4.2 de la Ordenanza de Fiestas señala que, en el caso de asociaciones y entidades sin ánimo de lucro, se tendrán en cuenta para la adjudicación de los espacios criterios tales como: su declaración de utilidad pública; acreditación de su estabilidad y solvencia en el ámbito de su



actividad; aplicación de recursos obtenidos en la explotación de la txosna a actividades a desarrollar en Bilbao; oportunidad, interés social, viabilidad e impacto previsible de programas a desarrollar así como la integración estética de la txosna en el entorno.

Todo ello, de conformidad con el artículo 92.1 de la LPAP que determina que, en caso de limitar el número de autorizaciones para la ocupación del dominio público, su otorgamiento lo será en régimen de concurrencia o por sorteo. En parecidos términos, el artículo 77.2 del RB determina que las licencias para la utilización especial normal del dominio público se otorgarán por licitación para el caso de que se limite el número de las mismas y si todos los autorizados debieran de cumplir las mismas condiciones mediante sorteo.

2. En el marco normativo citado y siguiendo el orden de los puntos objeto de queja, la primera cuestión a analizar se refiere a la discrepancia sobre el emplazamiento solicitado por la asociación reclamante.

El pliego de condiciones que rigió la adjudicación del espacio público para la instalación de txosnas por parte de asociaciones y entidades sin ánimo de lucro para la Aste Nagusia 2018, determinaba en la cláusula tercera que los emplazamientos estaban previstos dentro de los ámbitos de las Áreas 1 y 2, según delimitación señalada en el plano (anexo III).

El Área 1 de megafonía, donde se permiten tanto mayores horarios de funcionamiento como de niveles sonoros, comprende la instalación de tres txosnas en la zona de la plaza Circular y una txosna en la plaza Pío Baroja.

Por su parte, en el Área 2 de megafonía, se permiten menores niveles sonoros y de horario de funcionamiento y comprende la instalación de dos txosnas en C/Berástegui y cuatro txosnas en Pedro Ibarretxe.

La respuesta municipal a la cuestión relativa al emplazamiento señala que la asociación reclamante presenta la solicitud de autorización expresa para la instalación de una txosna en el espacio acotado de la C/Berástegui, señalando como prioridad el emplazamiento número 5. Tal como se ha indicado anteriormente, en esa zona estaba prevista la instalación de las txosnas nº 4 y 5, por lo que en principio cabría interpretar, según señala el Ayuntamiento, que la solicitud se formuló para ese emplazamiento exclusivamente, si bien, de entre las dos opciones posibles, la asociación interesada marcó como preferente el emplazamiento nº 5.

Sin embargo, a nuestro juicio, una interpretación más adecuada con el contenido del pliego de condiciones, es la que realiza la asociación reclamante. En la medida en que el pliego de condiciones no obligaba a solicitar un único emplazamiento y zona, sino que es en el momento de presentar la solicitud que el empleado municipal les instó a que marcaran en el plano anexo aportado un emplazamiento como prioridad, por tal motivo la

asociación interesada señaló como **prioridad** el emplazamiento nº 5, pero sin que ello pueda llevar a considerar que el emplazamiento solicitado lo era exclusivamente para la zona de Berástegui y que renunciaban a otras opciones en caso de no resultar adjudicatarios de su opción prioritaria.

Además, esta interpretación es más acorde con el hecho de que, dada la finalidad de la cesión del espacio público a entidades sin ánimo de lucro, la adjudicación debe garantizar que lo sean aquellas entidades que obtengan la mejor valoración una vez aplicados los criterios de selección debidamente ponderados. Sin embargo, si exige que la solicitud lo sea para cada una de las cuatro zonas de emplazamiento resulta que la valoración de la actividad y proyectos de cada una de las entidades participantes es relativa, sin que en el conjunto de la convocatoria se seleccionen las mejores propuestas según los criterios previstos en el pliego de condiciones. La interpretación municipal, que desde luego no resulta del clausulado del pliego de condiciones, supondría que la convocatoria lo era no en el sentido previsto en el Anexo III del pliego de condiciones para los 10 emplazamientos señalados en el plano sino por "lotes" (utilizando terminología contractual), es decir para 4 emplazamientos diferenciados y además excluyentes.

De hecho, tampoco el propio modelo de solicitud (Anexo I) nada requiere sobre ese particular, sin que se establezca en el impreso casilla alguna que exija la concreción de un emplazamiento o zona determinada a la que se opta con carácter de exclusividad.

Por otra parte, la asociación reclamante señala como argumento añadido que en otros años en los que ha participado en la convocatoria para la instalación de txosna, a su asociación le adjudicaron un emplazamiento distinto al solicitado inicialmente como prioritario, antecedente que avala la interpretación que se señala.

En cualquier caso, una cuestión de tal trascendencia como la que se indica hubiera debido fijarse necesariamente y de manera detallada en el pliego de condiciones que rige la convocatoria, dada la importancia que tal circunstancia puede representar a los efectos de obtener una de las autorizaciones en concurrencia.

3. La siguiente cuestión que plantea la asociación reclamante es la falta de valoración y acreditación de los criterios de adjudicación.

Antes de entrar en el examen específico de cómo se ha llevado a cabo la valoración, resulta necesario realizar una referencia a la limitación subjetiva de la convocatoria de adjudicación del espacio público para la "Aste Nagusia 2018" a las entidades y asociaciones sin ánimo de lucro.

Aunque esta cuestión no ha sido directamente planteada por la asociación reclamante, resulta pertinente su mención ya que frente al régimen de



conurrencia competitiva abierta, el hecho de limitar la participación exclusivamente a favor de un tipo de entidades o asociaciones, exige una motivación y finalidad que permita contrastar la proporcionalidad de la medida limitativa acordada con los objetivos de interés público que a tal modo de actuar se le presuponen. En suma, la razonabilidad de la decisión municipal de limitar la participación a determinadas entidades debe tener su reflejo en el pliego de condiciones y trasladarse debidamente al procedimiento de selección de los adjudicatarios de los distintos emplazamientos de tal forma que quede debidamente justificada la bondad de la medida restrictiva adoptada a la vista de las actividades y proyectos que desarrollan las entidades adjudicatarias.

Dicho de otra manera, la organización de eventos festivos es una actividad económica, por lo que la restricción de la concurrencia competitiva a cualquier operador que cumpla las condiciones que se determinen únicamente puede quedar justificada por el interés en fomentar y apoyar a entidades que desarrollan su actividad en dicho campo y destinan sus recursos a proyectos y actividades de interés público municipal, en lugar de utilizar otros instrumentos de apoyo específicamente previstos en la normativa de aplicación.

De manera específica, en las actividades de fomento que desarrollan las administraciones públicas, supuesto en el que, a juicio del Ararteko, debe encajar la adjudicación del espacio público de esta convocatoria en el que se optaría por un "pago en especie" en lugar de la concesión de subvenciones que directamente financien los proyectos y actividades de interés público municipal, los Tribunales de Justicia han perfilado el margen de intervención del que disponen las Administraciones Públicas en esta materia. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo, de 2 de abril de 2004, expresa que:

..... "tal y como ha reiterado la Jurisprudencia del TS y del T. Constitucional (SSTS Sala 3ª de 3-3-1993, de 07-7-1995, y de 21-9-1995, y SST Const. 25/1989 de 3-2 (LA LEY 115938-NS/0000) y 39/1989 de 16-2 (LA LEY 116799-NS/0000)), si bien el establecimiento de la subvención se inscribe dentro de la potestad discrecional de la Administración, en cambio su otorgamiento y reglamento concreto queda sujeto a las reglas y bases establecidas en la normativa que la regula. "

Por otra parte, el Tribunal Constitucional también ha indicado que resulta necesario conocer la finalidad y efectos de los criterios establecidos a la hora de regular las medidas de fomento a aplicar y así poder realizar el necesario contraste sobre la proporcionalidad de la concreta regulación en cada caso específico y por ello incide en que *"De ahí que lo que deba verificarse sea si, en el supuesto enjuiciado, tal criterio es utilizado para introducir diferencias de trato irrazonables o desproporcionadas o si, por el contrario, a la vista de la finalidad y efectos de la medida, las diferencias pueden considerarse razonables y proporcionadas."*(STC 147/2001, de 27 de junio).

Una segunda cuestión a señalar para contextualizar el procedimiento de licitación y adjudicación que se ha llevado a cabo, es la relativa a la potestad discrecional municipal para determinar, a la vista del concreto número de solicitantes y emplazamientos solicitados, el número idóneo de autorizaciones que se otorgarán, prerrogativa que los solicitantes deben aceptar, pudiendo, en consecuencia, no adjudicarse determinadas autorizaciones, según determina la cláusula undécima del pliego de condiciones. Esta cuestión también ha sido citada en las consideraciones por las que el Concejal delegado del Área de Obras, Servicios, Rehabilitación Urbana y Espacio Público, mediante resolución de 15 de octubre de 2018, desestima el recurso de reposición presentado por la asociación reclamante, en aplicación del artículo 6.2 de la Ordenanza de Espacio Público que determina que *“se otorgarán discrecionalmente y de forma directa por el órgano municipal competente”*.

El Ayuntamiento tiene un amplio margen de actuación en el ejercicio de sus potestades discrecionales al servicio de los intereses generales a los que representa. Ahora bien, la decisión discrecional exige, como inseparable de ella, la motivación, que es la que garantiza que se ha actuado racionalmente, y no arbitrariamente, y la que permite un adecuado control de los actos discrecionales, exigiéndose así una motivación "suficiente" que, al menos, exprese apoyo en razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios esenciales de la decisión adoptada.

Así, entre otras, la Sentencia del Tribunal Supremo, de 1 de junio de 1999, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª, en su fundamento quinto, lo expresa en los siguientes términos:

“La discrecionalidad, en cualquiera de sus variantes, parte de la posibilidad de elegir entre un mayor o menor abanico de opciones o, si se prefiere, resulta que su ejercicio permite una pluralidad de soluciones justas, o de optar entre alternativas que, en general, sean igualmente justas desde el punto de vista del Derecho o, tal vez mejor, “razonables”, desde el mismo punto de vista, por lo que el ejercicio de la potestad discrecional presupone una opción entre varias posibles, y una “razonabilidad” en un marco socio-cultural determinado, pero, precisamente por ello, la decisión discrecional exige, como inseparable de ella, la motivación, que es la que garantiza que se ha actuado racionalmente, y no arbitrariamente, y la que permite un adecuado control de los actos discrecionales, exigiéndose así una motivación “suficiente” que, al menos, exprese apoyo en razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios esenciales fundamentales de la decisión (sentencia del Tribunal Constitucional 14/91), fórmula un tanto vaga, si se quiere, pero que tiene la ventaja de poder medirse caso por caso si se cumple o no con la “suficiencia” (sentencia del Tribunal Constitucional 100/87)...”

En los considerandos siguientes se analizan de manera pormenorizada el modo en que queda acreditada la racionalidad de limitar la concurrencia a entidades



y asociaciones sin ánimo de lucro así como el soporte justificativo de la valoración de las entidades participantes en la adjudicación del dominio público de referencia como sustentación de que la decisión adoptada tiene soporte suficiente.

4. El pliego de condiciones en ningún momento cita los motivos por los que estima de interés público y, por tanto, adecuada la restricción de la licitación a las entidades y asociaciones sin ánimo de lucro, por lo que seguidamente analizaremos si, a través del clausulado del pliego de condiciones y del procedimiento de selección seguido queda acreditado el interés y proporcionalidad de que resulten beneficiarias tales entidades de la adjudicación del espacio público para el período señalado.

El pliego de condiciones determina en la cláusula octava los criterios preferentes de adjudicación que se tendrán en cuenta para la selección de los adjudicatarios del espacio público acotado. En concreto, los siguientes:

1. La declaración de utilidad pública.
2. Aplicación de los recursos obtenidos a proyectos a ejecutar en Bilbao.
3. Oportunidad, interés social, viabilidad e impacto previsible de los programas a desarrollar e integración estética de la txosna en el entorno.
4. Experiencia e informes favorables en ediciones anteriores.

De los posibles criterios que enuncia el artículo 4.2 de la Ordenanza de Fiestas, cabe resaltar que se incluyen literalmente todos los que se citan en el texto, excepto el de la *"acreditación de su estabilidad y solvencia en el ámbito de su actividad"*. Aunque una convocatoria no tiene que incorporar todos los criterios que a título indicativo se enuncian en la regulación municipal, llama la atención que se apliquen todos los criterios exceptuando el que se cita, cuando en la documentación exigida para la participación en el procedimiento en concurrencia, expresamente se requiere acreditar la estabilidad y solvencia de la solicitante en el ámbito de su actividad y sin embargo, después no es objeto de inclusión en los criterios de valoración.

Tal como señala el Ayuntamiento, la adjudicación para la ocupación del espacio público está excluida de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (artículo 9.1). Ahora bien, en la medida en que la normativa sectorial de patrimonio citada en el considerando primero no regula específicamente esta cuestión, el RB remite supletoriamente al resto del ordenamiento jurídico y tratándose de un procedimiento de pública concurrencia, a nuestro juicio, la normativa de contratos con las debidas adecuaciones resulta de aplicación, a los efectos de poder siquiera contrastar la manera en que el Ayuntamiento ha reflejado en el pliego de condiciones los criterios de adjudicación y si todo ello responde a la finalidad de seleccionar a las entidades mejor valoradas en su conjunto para ser adjudicatarias del espacio público. Además el propio RB remite expresamente a la normativa de

contratación en materia de licitación de las concesiones por lo que supletoriamente también resulta de aplicación.

A estos efectos, la normativa de contratación exige que el pliego de condiciones determine la ponderación relativa que se atribuye a cada uno de los criterios de valoración, que podrá expresarse aplicando una banda de valores con una amplitud máxima adecuada, si bien cuando por razones objetivas debidamente justificadas no sea posible ponderar los criterios elegidos, estos se enumeraran por orden decreciente de importancia (artículo 146.3 de la Ley 9/2017).

En este caso, el pliego de condiciones no determina la ponderación y valoración que se le da a cada uno de los criterios señalados como preferentes, por lo que cabría entender que el Ayuntamiento ha optado únicamente por el establecimiento de un orden decreciente de criterios, es decir de mayor importancia a menor. Ahora bien, como consecuencia de esa falta de concreción previa, el esfuerzo de motivación de la selección de adjudicatarios debe ser más preciso para permitir conocer de manera suficiente los parámetros de la decisión adoptada.

Por otra parte, tal como antes se ha señalado, la convocatoria cabría enmarcarla en la actividad de fomento competencia de las administraciones públicas para favorecer a las entidades sin ánimo de lucro que persiguen fines de interés general para el municipio, posibilitándoles la adjudicación de un espacio público en fiestas que represente la obtención de recursos económicos siempre que los destinen a las actividades que le son propias. En este sentido, en aplicación de la doctrina constitucional, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en sentencia de 4 de junio de 2003, ha delimitado de manera precisa los términos del ejercicio de la actividad de fomento. Así, determina que:

“La sujeción al principio de legalidad y al control jurisdiccional de la potestad administrativa exige la determinación previa de la normativa a la que se sujetará la administración en su actuación. La administración debe predeterminar la finalidad que pretende su acción, y las condiciones no solo formales sino también materiales que exige. Asimismo, debe establecer criterios valorativos como puede ser... Pueden ser estos u otros criterios, pero es necesario que con carácter previo se determinen y no se deje al libre albedrío de la administración su fijación en el momento de valorar cada petición. La determinación de los criterios de valoración son también la garantía de que se cumplirá el principio de igualdad y que todas las solicitudes presentadas serán valoradas bajo los mismos parámetros.”

Los criterios de valoración, establecidos previamente con carácter general, deben ser instrumentos susceptibles de conformar jurídicamente el criterio de la administración, y a su vez, estos deben ser de tal entidad que permitan al juez de lo contencioso-administrativo poder revisar la decisión administrativa.”



En fin, a nuestro juicio, para una correcta valoración de las solicitudes en función del mayor o menor interés para el Ayuntamiento de las actividades que desarrollan las entidades y asociaciones sin ánimo de lucro que han participado en la convocatoria hubiera requerido fijar de antemano una puntuación ponderada de los distintos apartados objeto de valoración, lo que hubiera permitido determinar previamente de manera clara los parámetros de selección que el Ayuntamiento va a tomar en consideración con la finalidad última de seleccionar a aquellas entidades que en su conjunto mejor responden al interés general municipal de entre las participantes.

5. Seguidamente se analiza cómo se ha llevado a cabo la selección de los adjudicatarios para la instalación de txosnas en los distintos emplazamientos previstos.

En este apartado, sin perjuicio de determinadas consideraciones generales, el análisis va a referirse al emplazamiento de la calle Berástegui porque, según la interpretación municipal a la que anteriormente nos hemos referido, la solicitud de la asociación reclamante únicamente había incluido esa zona. Por tanto, sin perjuicio de lo señalado antes sobre la exclusividad y preferencia del emplazamiento solicitado, la valoración realizada corresponde, únicamente, a la adjudicación de las txosnas nº 4 y 5, emplazamiento al que concurrían tres solicitudes.

Según se ha citado en el antecedente segundo, la resolución de 10 de agosto de 2018 por la que se desestimó la solicitud de la asociación reclamante por falta de espacio, determinó, tras la valoración técnica, el resultado siguiente:

"1. Ninguno de los solicitantes posee documento acreditativo de Declaración de Utilidad Pública.

2. Los tres solicitantes disponen de declaraciones responsables con el destino de los recursos_ obtenidos a proyectos a ejecutar en Bilbao, así como la programación a desarrollar.

3. Las Asociaciones "A (...)" y "G (...)" poseen experiencia de actuación favorable en la edición anterior en la misma ubicación."

Sobre este particular, el Ararteko solicitó expresamente al Ayuntamiento la aportación del informe de valoración de la comisión técnica de la Subdirección de Espacio Público y Distritos prevista en la cláusula undécima del pliego, dado que la interesada cuestionaba tanto la valoración que se hubiera podido realizar de los criterios establecidos en el pliego, a la que no había podido acceder, como la acreditación de los elementos que, en su caso, hubieran sido objeto de valoración.

El Ayuntamiento no aportó el informe solicitado. La respuesta del Concejal Delegado del Área de Obras, Servicios, Rehabilitación Urbana y Espacio

Público, reitera lo ya indicado en las comunicaciones anteriores y en la resolución de 15-10-2018, por la que se desestimó el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución 18-07-2018. Así, se indicó que la valoración técnica de las tres propuestas se realizó en atención a los referidos criterios, preferentes y objetivos, reiterando lo ya señalado en las respuestas anteriores, a lo que se añade que asimismo presentaban interés social y viabilidad, resultando decisivo el cuarto criterio, ya que las Asociaciones "A..." y "G..." tenían experiencia de actuación favorable en la edición anterior en la misma ubicación, y la Asociación reclamante carecía de experiencia en dicha ubicación.

Debemos recordar que el procedimiento de adjudicación de espacio público para txosnas era un procedimiento en concurrencia, aunque estuviera dirigida exclusivamente a entidades sin ánimo de lucro, por lo que necesariamente exigía una valoración ponderada de cada asociación participante según los criterios previstos en la cláusula octava, para lo que el pliego exigía, a los efectos que aquí interesan, la entrega de la siguiente documentación:

- Memoria detallada de la actividad prevista a desarrollar, tanto actividades y contenidos previstos (lúdicos, deportivos, de hostelería,...) como las características ornamentales y estéticas de la misma adecuada a su entorno.
- Declaración responsable del destino de los recursos que obtengan en la explotación de la txosna, en proyectos y actividades concretas.
- Memoria de actividades de los tres últimos años acreditativa de la estabilidad y solvencia de la solicitante en el ámbito de su actividad.

La documentación a presentar correspondiente al primer apartado respondería a lo que es propiamente objeto de la actividad a desarrollar en el espacio público autorizado, mientras que los dos apartados siguientes responderían a la necesidad de valorar que los recursos económicos obtenidos se destinan a proyectos y actividades del mayor interés municipal y que las entidades disponen de una solvencia continuada en el tiempo en el ejercicio de su actividad.

Al no haberse aportado el documento técnico de valoración de las propuestas según estaba previsto en el pliego, unida esta circunstancia al tenor literal de las respuestas recibidas sobre esta cuestión, llevan al Ararteko a deducir, lógicamente, que en realidad no hay una valoración ni de la actividad general que desarrolla cada entidad ni del mayor o menor interés social de la asignación de los recursos obtenidos a proyectos concretos y específicos tanto en el municipio de Bilbao como en general, ni de la memoria de las actividades desarrolladas en los tres últimos años, aspectos todos ellos trascendentales para poder justificar el interés público en restringir la convocatoria exclusivamente a favor de tales colectivos.

Ello representa, en la práctica, que el Ayuntamiento renuncia a valorar el mayor o menor interés e incluso la falta de interés de las actividades que se declaran



así como la solvencia y continuidad de las actividades que todas ellas se supone que desarrollan de manera más o menos continuada. Cuesta creer que las circunstancias y actividad de las entidades participantes tienen todas ellas una idéntica valoración en todos los apartados excepto en el último al que luego nos referiremos. En cualquier caso, no ha quedado mínimamente razonado y acreditado, tal como demandaba la asociación reclamante y estaba expresamente previsto en el pliego de condiciones, la valoración obtenida por cada una de las entidades en cada uno de los apartados citados, una vez realizada la debida ponderación de todos los criterios previstos expresamente en el pliego de condiciones.

En este punto, hay que mencionar la regulación de este tipo de entidades sin ánimo de lucro. Las asociaciones, por definición, son entidades privadas de base personalista y sin ánimo de lucro, organizadas para la consecución de fines particulares o generales (artículo 3, de la Ley 7/2007, de 22 de junio de Asociaciones de Euskadi) y que, entre otras limitaciones, están sujetas a la prohibición del reparto de los beneficios obtenidos, derivados del ejercicio de actividades económicas, incluidas las prestaciones de servicios, que deberán destinarse exclusivamente al cumplimiento de sus fines, sin que quepa en ningún caso su reparto entre las personas asociadas (artículo 21 de la Ley). Las asociaciones en general no tienen controles externos ni de la Administración relativos a su organización, al estado de sus cuentas, al destino de sus recursos económicos y al cumplimiento de los fines para los que se han constituido, de tal forma que su actividad está regida por las decisiones libremente adoptadas por los asociados en sus órganos de decisión.

Por el contrario, las asociaciones declaradas de utilidad pública, están sujetas a controles sobre su actividad (artículo 42 de la Ley). Entre otros requisitos, para ser declaradas de utilidad pública, las asociaciones deben acreditar la efectiva y continuada realización de los fines a los que dedica su actividad; que su actividad se dirija principalmente a beneficiar a terceras personas ajenas a la asociación; que acrediten un cumplimiento efectivo y habitual de los fines estatutarios al menos durante los tres años anteriores a la presentación de la solicitud; que lleven a cabo una ordenada y transparente gestión económica; la obligación de presentar anualmente las cuentas en el registro de asociaciones junto con una memoria de las actividades realizadas en el ejercicio económico de que se trate. En este sentido, el primero de los criterios de valoración, es decir, el más preferente previsto en el pliego tiene su sentido debido a la garantía y control de cumplimiento de los fines propios de su actividad y en beneficio de terceros ajenos a la asociación.

Por tanto, la mera existencia de una asociación sin ánimo de lucro no garantiza el efectivo cumplimiento de fines de interés social ni tampoco que el destino efectivo de todos sus recursos se asigne debidamente al cumplimiento de sus fines, ni menos que las actividades que desarrollan se adecuen a la finalidad de interés público municipal que como antes se ha indicado debiera estar



mínimamente delimitada. De ahí que, a juicio de esta institución, las previsiones del pliego de condiciones en el sentido de exigir la presentación de determinada documentación para evaluar en concurrencia la actividad de las asociaciones participantes resulte primordial tanto para poder justificar el carácter restrictivo de la concurrencia, como para seleccionar aquellas entidades y asociaciones sin ánimo de lucro que mejor se adecúen en su conjunto al interés público municipal debidamente acreditado.

El criterio de la experiencia en años anteriores en un emplazamiento determinado, aunque en el orden de criterios estaba en último lugar y por tanto el de menor valoración ponderada del conjunto de los previstos, al parecer, ha sido concluyente para determinar la adjudicación de las txosnas. Sin embargo, tal criterio por sí solo puede tacharse de discriminatorio, si se constituye en el único criterio en la práctica para la adjudicación y más cuando la experiencia acreditada no lo es sólo para la participación general en la convocatoria de adjudicación sino que lo es para la **“misma ubicación”**, porque ello representa que ninguna entidad que no haya sido adjudicataria en ejercicios anteriores en un emplazamiento determinado tenga opción alguna de resultar adjudicataria de ese emplazamiento a pesar de solicitarlo, por ejemplo, con carácter preferente.

Finalmente, no nos podemos sustraer a mencionar una realidad que se intuye en algunas de las entidades participantes en la convocatoria. Una somera búsqueda en la red de alguna de las características de las entidades participantes lleva a cuestionar el interés público en reservarles el espacio público por su condición de asociaciones sin ánimo de lucro, sin ningún otro control del efectivo destino de los recursos obtenidos a finalidades de interés municipal debidamente acreditadas. Así a título indicativo, se observa que hay entidades que únicamente disponen en su Web como actividad la programación de la Aste Nagusia, año tras año, es decir que al parecer su única finalidad es organizar la actividad de la txosna de la Aste Nagusia, sin que conste ninguna otra actividad a lo largo del año; hay entidades que tienen como finalidad *“La organización de fiestas, eventos, conciertos, bailes, ...bodas, pedidas, bautizos y comuniones...”*, con sede social en un restaurante que mantiene a su vez la colaboración, entre otras, con asociaciones culturales que también han sido adjudicatarias de txosna o que se dedican a organizar fiestas y festejos en otros municipios y que también son promovidos a su vez por restauradores; hay otras, en fin, donde no consta actividad alguna en los últimos años. En suma, cabría entender que existen indicios de la falta de acreditación suficiente de que todas estas entidades cumplen las previsiones en materia de asociaciones y destinan todos sus recursos al cumplimiento de finalidades de interés público que le son propias.

En conclusión, siendo cierto que los ejemplos anteriores no deben de descartar la posibilidad del desarrollo de actividades según los fines que le son propios a cada una de ellas, pudiendo estimar que la colaboración con la iniciativa privada sin ánimo de lucro para el desarrollo de programas de fiestas pueda ser de interés público municipal, el carácter restrictivo a la libre competencia para





la adjudicación del espacio público debe quedar suficientemente justificado para no interpretar que pudiera haber indicios de actuación discriminatoria, debiendo garantizar el control de los recursos económicos obtenidos en su integridad a la propia actividad y, además, que todo ello resulte del mayor interés público municipal, en su promoción de la actividad de fomento, aunque lo sea mediante esta forma indirecta.

Por todo ello, en conformidad con lo preceptuado en el art. 11 b) de la Ley 3/1985, de 27 de febrero, por la que se crea y regula esta institución, se eleva la siguiente

RECOMENDACIÓN

1. Que, de mantenerse este tipo de convocatorias para la ocupación del espacio público con txosnas, justifique debidamente la restricción de la libre concurrencia a favor de asociaciones sin fines lucrativos.
2. Que regule de manera detallada la distribución de los emplazamientos a asignar y, en su caso, la obligación de concretar en la solicitud la preferencia y exclusividad del espacio al que se opta.
3. Que establezca la debida ponderación y valoración en el pliego de condiciones que rige la convocatoria de los criterios que tomará en consideración para la selección de los adjudicatarios de las autorizaciones del espacio público a distribuir.
4. Que en dicha ponderación incluya, en todo caso, aquellos aspectos que permitan seleccionar a aquellas entidades que mejor propuesta presenten con referencia a los aspectos determinantes de su actividad y el interés público municipal en la actividad que desarrollan, tanto en el tiempo como, en su caso, a los efectos de asignar los recursos económicos obtenidos por la adjudicación del espacio público.
5. Que la selección y adjudicación de espacios quede debidamente acreditada en el expediente de licitación que al efecto se tramite.

