



Recurso nº 291/2021

Resolución nº 611/2021

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL
DE RECURSOS CONTRACTUALES**

En Madrid, a 21 de mayo de 2021

VISTO el recurso interpuesto por D. G.M.B.M., en representación de la mercantil GOLDCAR SPAIN, S.L.U., contra los pliegos rectores de la contratación del *“arrendamiento de superficies para la actividad de alquiler de vehículos sin conductor en el aeropuerto de Palma de Mallorca.”* Expediente C/PMI/144/20, convocado por Aena, S.M.E., S.A., el Tribunal, en su sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente Resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. La División de Servicios Comerciales Exteriores de la sociedad estatal AENA, S.M.E., S.A. (en adelante, AENA) publicó en su página web con fecha 15 de enero de 2021 el Pliego Jurídico de Condiciones Generales y el Pliego Técnico de Condiciones Particulares para el arrendamiento de superficies para la actividad de alquiler de vehículos sin conductor en el aeropuerto de Palma de Mallorca.

Segundo. De los pliegos señalados, y de su definición del objeto del contrato y régimen de obligaciones que mediante los mismos se articula, cabe destacar, a los efectos que interesan al presente recurso, lo siguiente:

- El objeto del contrato se define como el *“arrendamiento de superficies”* para el desarrollo de la actividad comercial identificada como *“alquiler de vehículos sin conductor”*, sin carácter de exclusividad (en el sentido de que pueden existir en el aeropuerto otros contratos sobre espacios destinados a la misma actividad comercial).
- La actividad para la que se cede el espacio se define en términos genéricos como *“alquiler de vehículos sin conductor”*, que -de acuerdo con lo previsto en el Anexo I A) del pliego de condiciones particulares- comprende, entre otras actividades, el alquiler de vehículos, así



como servicios de seguros, alquiler de sistemas de navegación, y, en general “*otros servicios*” que puedan ser objeto de facturación por el contratista.

- La renta consiste en una parte fija -AENA fija un importe mínimo, pudiendo las empresas concurrentes a la adjudicación del contrato ofrecer un importe superior, lo que constituye su “*oferta económica*”- y una parte variable, que es la cantidad que resulte de aplicar los siguientes porcentajes sobre el total de las ventas brutas mensuales (excluidas tasas e impuestos, en especial el IVA / IGIC/ IPSI o el impuesto que le sustituya), en los espacios durante la vigencia del contrato: un 8% en concepto de consumo de combustible, y un 8% sobre el resto de actividades desarrolladas por el contratista.

- No se establece en los pliegos limitación máxima o exigencia alguna en cuanto al precio a abonar por el usuario por los distintos servicios ofrecidos por el contratista.

- Se contienen determinadas previsiones sobre el uso de los espacios cedidos y el desarrollo de la actividad por parte del contratista. Así, se contempla la asunción por éste de una serie de compromisos en relación con los horarios de apertura del establecimiento, los gastos por consumos y suministros, las marcas comerciales con que puede operar el adjudicatario y la señalética externa e interna en los puntos de venta del contratista, la limpieza de los espacios cedidos, las condiciones técnicas de entrada y salida en los aparcamientos de AENA, imponiéndose asimismo una serie de obligaciones en materia de seguridad aeroportuaria, prevención de riesgos laborales o aspectos medioambientales.

- Se articula un sistema de transmisión de información sobre ventas por parte del contratista y control por AENA sobre la facturación del contratista –sistema de control de ventas que debe efectuarse a través de determinado software homologado por AENA-.

- Los criterios de valoración para la adjudicación del contrato son, por una parte, la “*oferta económica*” (importe de la renta fija ofertado) y, por otro lado, la “*oferta técnica*”, que incluye aspectos relativos al perfil comercial de la empresa contratista, a los medios materiales a emplear (en particular, descripción de la flota de vehículos), y a la estrategia de marketing. Con la oferta técnica ha de aportarse asimismo un estudio de viabilidad económica.



Tercero. Frente a los pliegos rectores de la contratación de referencia la empresa GOLDCAR SPAIN, S.L.U. (en adelante, GOLDCAR) ha interpuesto reclamación ante este Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales al amparo de lo dispuesto en el Real Decreto-Ley 3/2020, de 4 de febrero, de medidas urgentes por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español diversas directivas de la Unión Europea en el ámbito de la contratación pública en determinados sectores; de seguros privados; de planes y fondos de pensiones; del ámbito tributario y de litigios fiscales.

En su recurso la empresa excluida denuncia los siguientes incumplimientos de la normativa de aplicación:

- i) Por un lado, denuncia la falta de transparencia en el proceso de licitación y el incumplimiento de las exigencias de publicidad aplicables, que a su juicio son las previstas en la Directiva 2014/23/UE y en el Real Decreto-Ley 3/2020 para la contratación armonizada, al no haber sido publicado el anuncio de licitación en el Diario Oficial de la Unión Europea, y sí solo en la página web de AENA.
- ii) Por otro lado, se denuncia un trato desfavorable causado a quienes, como la recurrente, son actualmente adjudicatarios de espacios para alquiler de vehículos sin conductor en el mismo aeropuerto, en virtud de un proceso de contratación anterior –llevado a cabo en 2016-, puesto que con el contrato que es objeto de adjudicación se cederían varios espacios situados en zonas privilegiadas, y en unas condiciones excesivamente ventajosas lo que, se afirma, supone un “*palmario agravio comparativo*” hacia aquellos.

Cuarto. Recibida la reclamación en el Tribunal, se solicitó del órgano de contratación la remisión del expediente, habiendo sido recibido éste acompañado del correspondiente informe suscrito con fecha 26/03/2021 por el Secretario General y del Consejo de Administración de AENA.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. La primera cuestión que debe analizarse, en orden a valorar la propia competencia de este Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales para resolver la reclamación planteada, es la comprobación de si el contrato a que se refieren



los pliegos impugnados corresponde a la competencia revisora del mismo, lo que exige a su vez analizar específicamente la calificación jurídica del contrato en cuestión.

En los pliegos se indica que se trata de un contrato de arrendamiento, concretamente de un contrato de *“arrendamiento de superficies para la actividad de alquiler de vehículos sin conductor en el Aeropuerto de Palma de Mallorca”*.

De ser esa su verdadera calificación, el contrato tendría naturaleza patrimonial, y estaría excluido del ámbito de aplicación del Real Decreto-Ley 3/2020, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 20 a), a cuyo tenor se excluyen de su ámbito de aplicación *“la adquisición o el arrendamiento, independientemente del sistema de financiación, de terrenos, edificios ya existentes u otros bienes inmuebles o relativos a derechos sobre estos bienes [...]”* (de igual manera, de conformidad con el artículo 9.2 de la LCSP, están excluidos del ámbito de aplicación de la misma los contratos de arrendamiento de bienes inmuebles). Consecuente, quedaría también fuera del ámbito de conocimiento de este Tribunal, procediendo, en tal caso, la inadmisión de la reclamación formulada.

Ahora bien, precisamente la naturaleza del contrato es cuestionada por parte de la entidad recurrente, que afirma que nos encontramos ante un contrato de concesión de servicios.

Siendo así que, según este Tribunal ha reconocido en repetidas ocasiones –de acuerdo con constante doctrina jurisprudencial tanto de la Sala I como de la Sala III del Tribunal Supremo-, los contratos *“son lo que son según su naturaleza”*, al margen de la calificación que las partes den a los mismos (por todas, Resolución 320/2019), siendo numerosas las ocasiones en que hemos tenido que corregir ésta última en atención a su verdadera naturaleza, procede ante todo analizar la auténtica naturaleza del contrato de *“arrendamiento de superficies para la actividad de alquiler de vehículos sin conductor en el Aeropuerto de Palma de Mallorca”* a que se refieren los pliegos objeto de impugnación, en orden, primeramente –y sin perjuicio de ulteriores consecuencias- de valorar la propia competencia de este Tribunal para el conocimiento del asunto.

Segundo. Este Tribunal ha tenido la oportunidad, en anteriores ocasiones, de pronunciarse sobre la naturaleza de contratos similares al ahora analizado, cuyo objeto es el



arrendamiento por AENA de espacios para el desarrollo de determinadas actividades comerciales en espacios aeroportuarios.

Así, entre otras, y bajo la vigencia del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público de 2007, cabe citar la Resolución 29/2014, de 17 de enero, sobre arrendamiento de espacio en el recinto aeroportuario para la actividad comercial de protección de equipaje por plastificación, precinto u otro sistema, en la que concluimos la incompetencia del Tribunal, por ser el contrato, bien un contrato patrimonial de arrendamiento, bien un contrato administrativo especial –descartándose su calificación como contrato de servicios o como contrato de gestión de servicios-, estando en ambos casos excluido de la competencia del Tribunal. Por su parte, en la Resolución 876/2015 de 25 de septiembre, sobre arrendamiento de espacio en el aeropuerto para la actividad comercial de alquiler de vehículos, señalamos lo siguiente:

"Concretamente, se trata de determinar si el contrato celebrado es un contrato de servicios, o, por el contrario, se trata de un arrendamiento sujeto al derecho privado, esto es, si es un contrato patrimonial. Para ello hay que analizar el pliego de cláusulas de la contratación. Conforme al mismo, el objeto del contrato es el arrendamiento de un espacio para la prestación de determinada actividad dirigida al público que concurre al aeropuerto. No se trata de una actividad o prestación dirigida a la sociedad contratante para que ésta provea sus necesidades, ni la prestación a terceros de un servicio por el adjudicatario que corresponda prestar a aquéllos usuarios al ente contratante. Propiamente, lo que ocurre es que éste ordena sus espacios físicos asignando y especificando los variados destinos de los mismos, como puede verse en el propio anuncio de la licitación, en referencia a otros aeropuertos: espacio para actividad comercial, restaurante, para farmacia, cajeros automáticos. El arrendatario queda sujeto al pago de una renta y debe realizar determinada obra para que el espacio resulte operativo para la finalidad del objeto comercial de alquiler de vehículos. Nada de esto, sin embargo, convierte al contrato como de servicios, ni como de gestión de servicios públicos, desde luego".

En las Resoluciones 411/2017 y 417/2017, de 5 y 12 de mayo, tuvimos en cuenta, por primera vez, a efectos de la calificación de este tipo de contratos, el efecto de la Directiva 2014/23/UE y el concepto más amplio de contrato de concesión de servicios introducido



por ésta, concepto que según se indica viene a “amparar figuras que, hasta la fecha, no encontraban adecuado encaje en las tradicionales categorías del contrato de servicios, ni en el contrato de gestión de servicios públicos”. En los casos analizados, partiendo de lo anterior y reconociendo las dificultades apreciadas para la calificación jurídica del contrato y la necesidad de efectuar un análisis casuístico de cada uno ellos con el fin de determinar la verdadera causa que preside su realización y en base a la misma proceder a su calificación, llegamos a la conclusión de los contratos concretos que se analizaban, de arrendamiento de locales para el ejercicio de la actividad de restauración en el Aeropuerto de Barcelona-El Prat, debían calificarse como contratos de concesión de servicios (y, además, por su entidad económica, habían de considerarse sujetos a regulación armonizada). Según señalamos:

“El pliego impugnado no se limita a contemplar un mero alquiler o arrendamiento de locales, sino que exige que dichos locales se dediquen a la actividad de restauración (determinación que puede entenderse amparada por las facultades de ordenación del espacio aeroportuario que incumben a AENA, tal y como la entidad contratante afirma en su informe) y, además, regula detalladamente las condiciones en las que debe prestarse dicha actividad de restauración, tanto en lo que se refiere a los productos que se han de ofrecer al público (Anexo I, ‘Relación de Productos autorizados a la venta’), como en cuanto a sus precios máximos (Anexo IV, ‘Precios máximos autorizados’), exigiéndose la presentación de planes y estudios de viabilidad económica (Anexos VIII-A y IX y IXA), un plan de negocios y plan de calidad (Anexo XIV), con un sistema de control de ventas y un plan de seguimiento.

De acuerdo con lo indicado, se aprecian en el contrato que se examina amplias facultades de dirección de la actividad de restauración por parte de la entidad contratante que exceden del objeto propio y característico de un contrato de arrendamiento de inmueble. La cesión de uso de los locales de negocio aparece como un elemento necesario para la prestación de las actividades de restauración, pero no puede anular ni desnaturalizar dicha actividad, que resulta ser la auténtica finalidad del contrato.

Ello, no obstante, se advierte que no resulta jurídicamente admisible incardinar las aludidas facultades de dirección y control de AENA en el contrato administrativo de servicios. En



este sentido, conviene recordar que el artículo 1 del TRLCSP dispone que 'son contratos del sector público y, en consecuencia, están sometidos a la presente Ley en la forma y términos previstos en la misma, los contratos onerosos, cualquiera que sea su naturaleza jurídica, que celebren los entes, organismos y entidades enumerados en el artículo 3'. De ahí que el Tribunal haya afirmado (Resoluciones 230/2011, de 7 de septiembre y 336/2016, de 29 de abril, entre otras muchas) que 'debe considerarse que habrá contrato de servicios allí donde exista una relación jurídica de carácter oneroso en la que intervenga una Administración pública y que tenga por objeto alguna de las actividades enumeradas en el Anexo II de la Ley de Contratos del Sector Público (RCL 2007, 1964) ', circunstancia ésta (la onerosidad), que, en principio, no concurre en el contrato de restauración que, como se advirtió en las citadas resoluciones, 'no constituye una relación jurídica de carácter oneroso para la Administración, al no implicar pago o contraprestación económica alguna con cargo a sus presupuestos sino, antes bien, el pago de dichos servicios por sus usuarios'.

Por otra parte, la inclusión en el pliego de determinadas previsiones aplicables a los servicios mínimos, en el caso de huelga, tampoco permite calificar el contrato como contrato de gestión de servicios públicos, pues la prestación de un servicio de restauración en los aeropuertos a favor de los viajeros y del público en general no es, en puridad, un servicio público que la Administración esté obligada a prestar, sino, distintamente, un servicio opcional, de carácter complementario o auxiliar a los servicios aeroportuarios que sí corresponde prestar a AENA.

Ante las dificultades que se aprecian para calificar jurídicamente estos servicios de restauración, en el ámbito del recurso especial del TRLCSP, y con base en un reiterado criterio de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (informes 14/91, de 10 de julio, 5/96, de 7 de marzo, 67/99, de 6 de julio de 2000, 3/00, de 11 de abril de 2000, 24/05, de 29 de julio de 2005, y 28/07, de 28 de julio de 2007) el Tribunal ha venido entendiendo (por todas, Resoluciones 192/2011, de 20 de julio, 18/2013, de 7 de marzo, 29/2014, de 17 de enero, 200/2014, de 7 de marzo, 239/2015, de 13 de marzo, 336/2016, de 29 de abril, o 56/2017, de 20 de enero) que los contratos de restauración (concretamente, los contratos de cafetería), son ejemplos característicos de contratos administrativos especiales, pues 'no se trata de un servicio que deba necesariamente ser realizado por la entidad contratante (no forma parte de las funciones de una Administración, por ejemplo, proporcionar servicio



de desayunos o comidas a sus empleados), si bien se considera que se trata de un servicio vinculado al giro o tráfico de dicha Administración, complementario o auxiliar para la consecución de sus fines, abonándose la retribución de la empresa contratista directamente por los usuarios del servicio de cafetería y comedor y fijándose, en ocasiones, la necesidad de abonar por la empresa a la Administración contratante una cantidad determinada por la ocupación y utilización de sus instalaciones', siendo así que el contrato administrativo especial contemplado en el artículo 19.1.b) del TRLCSP no está incluido en la relación de contratos que son susceptibles de recurso especial en materia de contratación en el artículo 40.1 del TRLCSP.

Procede, no obstante, examinar la incidencia que en supuestos como el que ahora se examina puede tener la Directiva 2014/23/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión, cuyo plazo de transposición terminó el 18 de abril de 2016. Dicha Directiva, con el fin de armonizar la regulación de los Estados miembros para eliminar perturbaciones en el mercado interior, opta por un concepto amplio de 'contrato de concesión de servicios' (no necesariamente vinculado a un servicio público), que define en su artículo 5.1.b) como 'un contrato a título oneroso celebrado por escrito, en virtud del cual uno o más poderes o entidades adjudicadoras confían la prestación y la gestión de servicios distintos de la ejecución de las obras contempladas en la letra a) a uno o más operadores económicos, cuya contrapartida es bien el derecho a explotar los servicios objeto de contrato únicamente, o este mismo derecho en conjunción con un pago', siendo esencial 'la transferencia al concesionario de un riesgo operacional en la explotación' de dicho servicio, 'abarcando el riesgo de demanda o el de suministro, o ambos'.

Ese concepto amplio del 'contrato de concesión de servicios' de la Directiva 2014/23/UE puede amparar figuras que, hasta la fecha, no encontraban adecuado encaje en las tradicionales categorías del contrato de servicios (por no existir un pago de la Administración al contratista, quien se remunera directamente de los usuarios), ni en el contrato de gestión de servicios públicos (por tratarse de contratos que la Administración tiene interés en licitar pero que, en puridad, no tienen por objeto 'servicios públicos' que sean de obligada prestación a favor de los ciudadanos).



La nueva Directiva opta por un concepto amplio de contrato de concesión de servicios que no se vincula a la naturaleza pública del servicio, sino a la transferencia del riesgo operacional al contratista, rasgo distintivo con el contrato de servicios, tal y como se declara en el apartado 3.1.5.2. de la Recomendación dirigida a los órganos de contratación por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa el 15 de marzo de 2016, en relación con la aplicación de las nuevas directivas de contratación pública.

Parece indudable que el aludido riesgo operacional concurre en el contrato que se considera, pues el adjudicatario asume la obligación de abonar a AENA una renta mínima garantizada anual, con independencia de los concretos resultados que le depare la actividad de restauración que emprende. Y como declaró el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la sentencia de 10 de septiembre de 2009 (asunto C-206/08, Eurowasser), 'de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que, cuando la modalidad de retribución convenida consiste en el derecho del prestador a explotar su propia prestación, esta modalidad de retribución implica que el prestador asume el riesgo de explotación de los servicios. A este respecto procede señalar que el riesgo es inherente a la explotación económica del servicio'. En el mismo sentido se expresa el Considerando 18 de la Directiva 2014/23/UE, al afirmar que 'el derecho a explotar las obras o servicios, implica siempre la transferencia al concesionario de un riesgo operacional de carácter económico que supone la posibilidad de que no recupere las inversiones realizadas ni cubra los costes que haya sufragado para explotar las obras o los servicios adjudicados en condiciones normales de funcionamiento...'

En el caso de los contratos de restauración en espacios aeroportuarios, la propia Directiva 2014/23/UE se encarga de explicitar que han de considerarse contratos de concesión servicios. Así, después de aludir, en su Considerando 24, a la adjudicación de las concesiones en los sectores de la energía, de los transportes y los servicios postales, y a la necesidad de velar por la aplicación uniforme de la Directiva en todos los Estados miembros con independencia de la naturaleza, pública o privada, de las autoridades contratantes, añade que 'cabe aclarar que en el sector aeroportuario las correspondientes actividades incluyen también servicios que se ofrecen a los pasajeros para contribuir al buen funcionamiento de las instalaciones y que se consideran normales en un aeropuerto eficaz y moderno, como comercios, servicios de restauración pública y aparcamientos'.

No se discute que las concesiones demaniales y los contratos de arrendamiento de bienes inmuebles estén excluidos del ámbito de aplicación del TRLCSP conforme a los apartados o) y p) de su artículo 4.1), y conforme a la propia Directiva 2014/23/UE, según dispone su Considerando 15 y su artículo 10.8. Pero en tales casos, lo propio y característico, según se encarga de explicar el Considerando 15 de la citada Directiva, es que la entidad contratante 'establece únicamente sus condiciones generales de utilización, sin contratar obras o servicios específicos. Tal es el caso, normalmente, de los contratos de arrendamiento de bienes o de tierras de dominio público, que en general contienen condiciones sobre la toma de posesión del arrendatario, el uso al que debe destinarse el bien, las obligaciones del propietario y del arrendatario por cuanto se refiere al mantenimiento del bien, la duración del contrato de arrendamiento y la devolución de la posesión al propietario, la cuantía del alquiler y los gastos accesorios que debe abonar el arrendatario', siendo así que, como se ha indicado, los pliegos impugnados no se limitan a incluir esas prestaciones propias del arrendamiento de bienes inmuebles, sino que detallan de forma pormenorizada la forma de prestar el servicio de restauración al público, enumerando la gama de productos que deben ofrecerse en cada local, sus precios máximos, el régimen de horarios, y hasta el tiempo máximo de espera admisible por cada cliente, exigiendo la elaboración de planes y estudios de viabilidad económica de la actividad, planes de negocio y de calidad, etc., contenido que prima sobre el del mero alquiler de local, y que pone de manifiesto que la auténtica finalidad de la contratación es la de regular las condiciones de prestación de un servicio 'que se ofrece a los pasajeros para contribuir al buen funcionamiento de las instalaciones y que se consideran normales en un aeropuerto', tal y como indica el ya aludido Considerando 25 de la Directiva 2014/23/UE.

Como se ha indicado, el alquiler de los locales de negocio aparece en el pliego impugnado como un presupuesto necesario para el ejercicio de la actividad de restauración. Pues bien, si se considerase que estamos ante un contrato mixto, resultaría de aplicación el artículo 20.3 de la Directiva 2014/23/UE, con arreglo a la cual, 'en el caso de contratos que tengan por objeto elementos regulados en la presente Directiva (como sería la concesión de servicios de restauración) así como otros elementos (el contrato de privado de arrendamiento de inmuebles), los poderes y entidades adjudicadores podrán decidir

adjudicar contratos separados para partes separadas', pero 'cuando los poderes o entidades adjudicadoras decidan adjudicar un contrato único, se aplicará la presente Directiva...', sin que resulten aplicables las excepciones que en dicho precepto se contemplan (relativas a los contratos mixtos que incluyan prestaciones de concesiones y prestaciones de las Directivas 2014/24/UE o 2014/25/UE, de un lado, y a los contratos mixtos que contengan aspectos relativos a la defensa y a la seguridad, de otro). Y añade el apartado 5 del artículo 20 de la Directiva 2014/23/UE que, 'cuando las partes de un determinado contrato no sean objetivamente separables, el régimen jurídico aplicable se determinará en función del objeto principal del contrato', siendo así que, con independencia de la denominación atribuida en los pliegos al contrato, tanto por su contenido obligacional, como desde un punto de vista de lógica empresarial, han de entenderse prevalentes las prestaciones relativas a la actividad de restauración, pues los beneficios derivados de dicha actividad forzosamente han de concebirse como superiores al importe de las rentas que el arrendatario ha de satisfacer por el uso de los locales en los que desarrolla dicha actividad. Todo lo que conduce a la aplicabilidad de la Directiva 2014/23/UE.

Pues bien, como se declara en el Documento aprobado por los Tribunales Administrativos de Contratación Pública el 1 de marzo de 2016 respecto a los efectos jurídicos de las Directivas de Contratación Pública ante el vencimiento de su plazo de transposición, una 'importante novedad práctica es la inclusión de las concesiones de servicios en el ámbito del recurso especial', reconociéndose el efecto directo de los artículos 5 y 8 de la Directiva 2014/23/UE. Por ello, resta examinar si, por su importe, el contrato objeto de impugnación ha de considerarse sujeto a regulación armonizada, para lo cual su valor estimado ha de ser igual o superior a 5.225.000 euros (artículo 8.1 de la Directiva 2014/23/UE, en la redacción resultante del Reglamento delegado (UE) 2015/2172 de la Comisión, de 24 de noviembre de 2015).

Como se ha indicado, los pliegos no establecen ninguna retribución a favor del contratista, sino una renta que éste ha de satisfacer a AENA en concepto de arrendamiento de los locales de negocio en los que se ha de prestar la actividad de restauración. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 5.1 de la Directiva de continua referencia, ha de estarse, a estos efectos, al valor de la contrapartida que en ejecución del contrato obtiene el adjudicatario, en este caso, el derecho a explotar los servicios de restauración. Aunque,



como queda expuesto, el pliego no cuantifica el valor de esta contrapartida, cabe razonablemente concluir que se superan en este punto los umbrales del artículo 8.1 de la Directiva, toda vez que, por lógica, el adjudicatario ha de obtener, en ejecución del contrato, unos rendimientos superiores a las rentas que se le exigen en concepto de alquiler, y la renta mínima garantizada anual asciende a los importes de 3.720.000, 3.851.195, 3.974.024, 4.088.030, 4.190.231, 4.294.986, 4.402.361, 4.512.420 y 4.625.231 euros en cada uno de los ocho años de vigencia del contrato, importe que, en su conjunto, supera sobradamente los 5.225.000 euros que operan como umbral de los contratos sujetos a regulación armonizada.

Por todo ello, cabe concluir que el contrato de cesión de locales para la prestación de servicios de restauración en espacios aeroportuarios es un contrato de concesión de servicios sujeto a regulación armonizada, lo que determina también la competencia del Tribunal para conocer de la presente reclamación”.

El criterio del Tribunal en estos dos casos ha sido posteriormente confirmado por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en sus Sentencias de 4/02/2019 y 3/02/2020, y, recientemente, por la Sala III del Tribunal Supremo, en su Sentencia de 8/03/2021, en la que confirma la primera de las Sentencias de la Audiencia Nacional que han sido citadas. Reproducimos el Fundamento Jurídico Sexto de aquella:

“SEXTO. - La caracterización jurídica de los contratados calificados de arrendamiento de local

Los pliegos de los contratos que se impugnaron en el recurso contencioso administrativo, calificaban al contrato, según del Cuadro de Condiciones para la Contratación, como "arrendamiento de locales de negocio, cuyo objeto consiste en locales que se destinan a la actividad de restauración".

Estos contratos de alquiler de local para realizar los servicios o la actividad de restauración tienen unas condiciones de contratación que no se ajustan a las propias de un contrato de arrendamiento, pues la arrendadora se reserva, entre otras, las facultades de dirección de la actividad (1), determina los productos, la comida y la bebida que puede ofrecerse al



público, establece el nivel de calidad de los productos (2), fija los precios máximos para su venta (3), interviene de la decoración de los locales (4), está informada sobre el personal que presta servicios, su antigüedad o sus retribuciones (5), además de la exigencia de presentación de planes y estudios de viabilidad económica, de seguimiento y control de ventas(7). Por no citar las previsiones que se incluyen en los pliegos sobre los servicios mínimos para el caso de huelga.

Teniendo en cuenta que el contrato de arrendamiento de bienes inmuebles se encuentra excluido, ex artículo 4.1.p) del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, entre otros, del ámbito de aplicación de dicha Ley, cuando en el citado artículo 4 relaciona los negocios y contratos excluidos de su aplicación.

Sentado en el fundamento anterior que no resulta de aplicación al caso la norma transitoria citada del Real Decreto-Ley 13/2010, y que el contenido de los pliegos del contrato resulta ajeno a la caracterización propia de un contrato de arrendamiento de local, veremos si puede, dicho contrato, calificarse como un contrato de concesión de servicios, a tenor del artículo 5.1 b) de la Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión, cuyo plazo de transposición había expirado en abril de 2016.

Ciertamente en la expresada Directiva se incluyen los servicios de restauración, pues el Considerando 24 declara que << cabe aclarar que en el sector aeroportuario las correspondientes actividades incluyen también servicios que se ofrecen a los pasajeros para contribuir al buen funcionamiento de las instalaciones y que se consideran normales en un aeropuerto eficaz y moderno, como comercios, servicios de restauración pública y aparcamientos>>.

El citado considerando resulta relevante para la interpretación del artículo 5 de dicha Directiva, que al establecer las definiciones, por lo que ahora interesa, se refiere, en el apartado b), al contrato de concesión de servicios, señalando que <<b) "concesión de servicios": un contrato a título oneroso celebrado por escrito, en virtud del cual uno o más poderes o entidades adjudicadores confían la prestación y la gestión de servicios distintos de la ejecución de las obras contempladas en la letra a) a uno o más operadores



económicos, cuya contrapartida es bien el derecho a explotar los servicios objeto del contrato únicamente, o este mismo derecho en conjunción con un pago. (...) La adjudicación de las concesiones de obras o servicios implicará la transferencia al concesionario de un riesgo operacional en la explotación de dichas obras o servicios abarcando el riesgo de demanda o el de suministro, o ambos. Se considerará que el concesionario asume un riesgo operacional cuando no esté garantizado que, en condiciones normales de funcionamiento, vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes que haya contraído para explotar las obras o los servicios que sean objeto de la concesión. La parte de los riesgos transferidos al concesionario supondrá una exposición real a las incertidumbres del mercado que implique que cualquier pérdida potencial estimada en que incurra el concesionario no es meramente nominal o desdeñable>>.

De modo que al expandirse los contornos del "contrato de concesión de servicios", esta figura presta cobertura a contratos como el ahora señalado, atendidos los problemas de encaje en las tradicionales categorías del contrato de servicios, pues a los efectos de la aplicación del citado artículo 5.b), advertimos que, en este caso, concurre el riesgo operacional toda vez que se abona una renta mínima garantizada anual, desvinculada de los resultados de la actividad desarrollada".

Para finalizar el repaso de la doctrina de este Tribunal sobre la cuestión examinada cabe citar la Resolución 449/2020, de 26 de marzo, en la que concluimos que un contrato calificado como de arrendamiento de locales destinados a la actividad de devolución de IVA en el aeropuerto de Barcelona-El Prat, atendidas sus características, tenía la naturaleza jurídica propia de un auténtico arrendamiento en la medida en que su objeto principal es la gestión y explotación de los bienes que componen el patrimonio asignado a AENA por Ley, como es el caso de los locales ubicados en la zona comercial del aeropuerto.

Tercero. A la vista de cuanto ha quedado expuesto, cabe destacar dos ideas fundamentales: por una parte, deben reconocerse las dificultades que entraña la calificación jurídica de contratos que, como el ahora examinado, implican la cesión de uso de espacios en aeropuertos para el desarrollo de determinada actividad comercial, a

cambio de determinada remuneración; por otra parte, para valorar la auténtica naturaleza jurídica del contrato, al margen de su calificación formal, debe efectuarse un análisis casuístico de cada uno de ellos, y concretamente del régimen de obligaciones, asociadas a la cesión del uso de los espacios, que se imponen al adjudicatario. Esto exige analizar el clausulado de los pliegos rectores correspondiente, y verificar si, en atención a estas específicas condiciones, la causa última del contrato es, principalmente, la gestión patrimonial de los bienes de que AENA es titular, o bien la ordenación de una actividad para la prestación de un servicio determinado a los usuarios del aeropuerto, asumiendo el contratista el riesgo operacional.

Procede, por tanto, analizar cuáles son, en el concreto caso examinado, las características del contrato y las condiciones que se imponen sobre la actividad a desarrollar por la entidad que resulta adjudicataria del contrato de arrendamiento, de acuerdo con las cláusulas de los pliegos, y en particular la intervención que se reserva AENA en la dirección y organización de dicha actividad.

Según ha quedado anteriormente expuesto, las principales características del contrato ahora examinado son las siguientes:

- El objeto del contrato se define como el “*arrendamiento de superficies*” para el desarrollo de la actividad comercial identificada como “*alquiler de vehículos sin conductor*”.
- La actividad para la que se cede el espacio se define en términos genéricos como “*alquiler de vehículos sin conductor*”, sin que se establezca un catálogo cerrado de servicios o productos que deban ser proporcionados por el contratista, como tampoco se establecen exigencias específicas de calidad en cuanto a dichos servicios o productos que se prestan -en particular, sobre la flota de vehículos con que el contratista prestará el servicio de alquiler de vehículos (las características de la flota sí son tenidas en cuenta, sin embargo, para la valoración de la oferta técnica).
- No se establecen en los pliegos precios máximos a abonar por el usuario por los distintos servicios ofrecidos por el contratista: se trata, por tanto, de un precio libremente

determinado por el contratista (sí debe incluirse información sobre el catálogo de precios en la oferta técnica).

- Se contienen determinadas previsiones sobre el uso de los espacios cedidos y el desarrollo de la actividad por parte del contratista. Así, se contempla la asunción por éste de una serie de compromisos en relación con los horarios de apertura del establecimiento, los gastos por consumos y suministros, las marcas comerciales con que puede operar el adjudicatario y la señalética externa e interna en los puntos de venta del contratista, la limpieza de los espacios cedidos, las condiciones técnicas de entrada y salida en los aparcamientos de AENA, imponiéndose asimismo una serie de obligaciones en materia de seguridad.

- Se articula un sistema de transmisión de información sobre ventas por parte del contratista y control por AENA sobre la facturación del contratista.

Cabe observar que, frente a los contratos referidos a la cesión de espacios para la realización de la actividades de restauración sobre los que este Tribunal se pronunció en las Resoluciones 411 y 417/2017, en que la intervención de AENA sobre la dirección y organización de la actividad empresarial era singularmente intensa, lo que nos llevó a descartar que en tal caso nos encontráramos ante un contrato de arrendamiento de carácter privado, en el presente caso, a diferencia de aquellos, no se impone al adjudicatario un catálogo determinado de productos o servicios que han de ofrecerse –más allá de establecerse que ha de tratarse de una actividad de alquiler de vehículos sin conductor-, y tampoco se establecen exigencias concretas de calidad de los productos o servicios ofertados (en particular, características de la flota de vehículos), como tampoco se imponen por AENA precios máximos a abonar por los usuarios.

Estos tres elementos tienen una trascendencia decisoria, a nuestro juicio, a la hora de valorar la intensidad de la intervención de AENA en la gestión del servicio. y, por ende, la naturaleza del contrato, en la medida en que aquellos son aspectos esenciales de la propia dirección y organización de la actividad empresarial.

Por lo demás, y aunque cabe apreciar en el presente caso ciertas similitudes con los contratos destinados a la actividad de restauración que este Tribunal tuvo ocasión de examinar en las Resoluciones de continua cita, se aprecian también, además de las ya señaladas –que, como hemos dicho, consideramos esenciales- otras diferencias, y así por ejemplo no se imponen en este caso condiciones específicas sobre decoración del local, ni se regulan las condiciones laborales del personal, o se imponen obligaciones específicas al contratista en caso de conflicto colectivo.

Teniendo en cuenta lo anterior, y examinado el contrato en su conjunto, consideramos que las obligaciones que se imponen al contratista y que afectan al desarrollo de su actividad, como son las referidas a los horarios de apertura del establecimiento, las condiciones de limpieza, a aspectos relacionados con la imagen comercial y con la señalética en los espacios cedidos, a las condiciones técnicas de entrada y salida en los aparcamientos de AENA de los vehículos de la flota objeto de alquiler, derivan de la labor de ordenación de los espacios aeroportuarios destinados a la actividad comercial que corresponde a AENA, sin comprometer la libertad empresarial del contratista y su capacidad de dirección y ordenación de su negocio, no desnaturalizando, en definitiva, el contrato de arrendamiento de espacios y convirtiéndolo en un contrato de concesión de servicios. Debe tenerse presente especialmente que varias de las obligaciones que se recogen en los pliegos, como son las referidas a los aspectos medioambientales, laborales y de prevención de riesgos laborales, o de seguridad aeroportuaria responden, netamente, a la necesidad de cumplir con la normativa de aplicación.

Tampoco lo desnaturaliza, por lo demás, el sistema de control de facturación que se reserva AENA respecto de las actividades desarrolladas en los espacios cedidos, sistema que deviene necesario en la medida en que una parte de la renta –la parte variable- se fija en un porcentaje sobre el volumen de ventas.

En definitiva, consideramos que, en el concreto caso examinado, el contrato que formalmente se califica como de *“arrendamiento de superficies para la actividad de alquiler de vehículos sin conductor”*, en el aeropuerto de Palma de Mallorca, si bien presenta ciertas características que lo alejan de un contrato *“típico”* o al uso de arrendamiento de bien inmueble –concretamente, de arrendamiento de local de negocio-, su finalidad esencial es



la cesión del espacio ubicado en la zona comercial del aeropuerto a cambio de una retribución, sin que pierda su naturaleza de contrato privado de arrendamiento, de naturaleza patrimonial.

En consecuencia, según se ha adelantado, el contrato se encuentra excluido del ámbito de aplicación del Real Decreto-Ley 3/2020, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 20 a) – referido a *“la adquisición o el arrendamiento, independientemente del sistema de financiación, de terrenos, edificios ya existentes u otros bienes inmuebles o relativos a derechos sobre estos bienes [...]”*-, quedando igualmente fuera del ámbito de conocimiento de este Tribunal, por lo que procede la inadmisión de la reclamación formulada.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada en el día de la fecha **ACUERDA**:

Primero. Inadmitir la reclamación formulada por D. G.M.B.M., en representación de GOLDCAR SPAIN, S.L.U. contra los pliegos rectores de la contratación del *“arrendamiento de superficies para la actividad de alquiler de vehículos sin conductor en el Aeropuerto de Palma de Mallorca.”* expediente C/PM/144/20, convocado por AENA, S.M.E.; S.A.

Segundo. Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente al de la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 11.1.f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.