



Reclamación nº 437/2022

Resolución nº 588/2022

Sección 2ª

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

En Madrid, a 19 de mayo de 2022.

VISTA la reclamación interpuesta por D. M.Z.B, en representación de la ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE OPERADORES COMERCIALES DE AEROPUERTOS, PUERTOS Y ESTACIONES, contra los pliegos que rigen la licitación convocada por AENA, S.M.E., S.A., para contratar el *“Arrendamiento de un (1) espacio destinado a restauración, en el Aeropuerto de Tenerife Norte-Ciudad de La Laguna.”*, expediente C/TFN/020/22), este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. El 10 de marzo de 2022, AENA, S.M.E., S.A. publica en su página web el inicio del procedimiento de licitación del contrato denominado arrendamiento de un (1) espacio destinado a restauración, en el Aeropuerto de Tenerife Norte-Ciudad de La Laguna, expediente C/TFN/020/22, estando disponible la documentación del contrato en el Registro General de Aena Aeropuertos S.A.

El plazo de duración del contrato es de cinco años, pudiendo autorizarse dos prórrogas ordinarias de un año cada una, y no se fija el valor estimado del mismo ni en el anuncio ni en los pliegos.

AENA, S.M.E., S.A. es una sociedad mercantil estatal, que no tiene la condición de poder adjudicador.

El contrato es de derecho privado, y su regulación se encuentra recogido, además de en las normas de derecho privado aplicable, singularmente la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, en los pliegos Jurídico de Condiciones Generales y Técnico de Condiciones Particulares.



Del Pliego Jurídico de Condiciones Generales (PJCG) y del Pliego Técnico de Condiciones Particulares (PTCP), cabe destacar, por cuanto aquí interesa, lo siguiente:

– El objeto del contrato se define como el “arrendamiento” de local de negocio y lo constituyen los locales descritos en el cuadro de condiciones que, ubicados en la zona comercial del aeropuerto, se destinarán a la actividad de restauración, sin que ello suponga, “la aportación de empresa o industria” por parte de la entidad contratante, y sin carácter de exclusividad (en el sentido de que pueden existir en el aeropuerto otros contratos sobre espacios que se destinen a la misma actividad comercial).

La actividad para la que se cede el espacio se define en términos genéricos como “de restauración”.

– Conforme al apartado 4 del PTCP, la renta será la que corresponda a la mayor de las dos siguientes cantidades: “a) *Una parte variable, denominada la Renta Variable; o b) Una cantidad fija denominada Renta Mínima Garantizada Anual*”. A la renta se añaden los arbitrios, tributos, tasas e impuestos correspondientes, especialmente el Impuesto sobre el Valor Añadido, el Impuesto General Indirecto Canario o el Impuesto sobre la Producción, Servicios y la Importación, según proceda o el que los sustituya.

– 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, o la limpieza de los espacios cedidos.

– Respecto al personal, el arrendatario estará a lo dispuesto en la legislación vigente y en los propios convenios colectivos que resulten de aplicación en materia de subrogación de personal.

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

– Los criterios de valoración para la adjudicación del contrato son, por una parte, la “oferta económica” (importe de la renta ofertado como renta variable y como renta mínima garantizada



propuesta para cada año) y, por otro lado, la “oferta técnica”, que incluye aspectos relativos al perfil comercial de la empresa contratista, a los medios materiales a emplear y a la estrategia de marketing. Con la oferta técnica ha de aportarse asimismo un estudio de viabilidad económica.

Segundo. El 8 de abril de 2022, a las 12:07 horas, se presenta en el registro electrónico de este Tribunal, reclamación en materia de contratación contra los pliegos, por ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE OPERADORES COMERCIALES DE AEROPUERTOS, PUERTOS Y ESTACIONES, solicitando en el *petitum* que « se dicte resolución estimando el presente recurso y anule los Pliegos pronunciándose el Tribunal, al menos, sobre las cláusulas que se citan en este escrito y bajo nuestro punto de vista contravienen la normativa relativa a las concesiones de servicios en los sectores especiales».

Así mismo solicita la suspensión del procedimiento de licitación.

Tercero. En la tramitación de esta reclamación, se han observado todos los trámites legal y reglamentariamente establecidos, esto es, lo prescrito por el Libro primero del 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 adelante Real Decreto-ley 3/2020), la vigente 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 (en adelante, LCSP), en lo que resulta de aplicación, y por el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se prueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante, RPERMC).

Cuarto. El órgano de contratación remite a este Tribunal el expediente de contratación y su informe el 12 de abril de 2022.

Quinto. La Secretaría del Tribunal, el 12 de abril de 2022, dio traslado del recurso interpuesto a los restantes licitadores, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaran oportuno, formularan alegaciones; sin haber hecho uso de su derecho.



Sexto. La Secretaria del Tribunal, por delegación de aquél, el 19 de abril de 2022, acuerda denegar la medida provisional consistente en suspender el procedimiento de contratación, de acuerdo con lo dispuesto en artículos 49 y 56 de la LCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. La Asociación recurrente sostiene que el contrato que se licita debe calificarse conforme a su auténtica naturaleza jurídica, siendo ésta la de un contrato de concesión de servicios y no de un arrendamiento. Se argumenta al efecto que el contrato va más allá de un mero arrendamiento al imponer obligaciones propias de las concesiones al contratista y traslada al mismo el riesgo operacional; añadiendo que al tratarse de un contrato de concesión de servicios, que se han vulnerado las normas sobre publicidad en la medida en que la licitación se ha publicado únicamente en el perfil de contratante de la entidad y no en el Diario Oficial de la Unión Europea como es preceptivo al tratarse de un contrato de concesión de servicios sujeto a regulación armonizada, el precio no puede ser el único criterio de valoración, que al obligar a asumir obligaciones a las entidades matrices de las licitadoras se restringe la competencia, y que introduce cláusulas que ponen en peligro la viabilidad del servicio.

En apoyo de la impugnación, se invoca la sentencia nº 317/2021, de 8 marzo, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª, del Tribunal Supremo (Roj: STS 1195/2021 - ECLI:ES:TS:2021:1195).

Frente a ello debe indicarse en primer lugar que, tras la sentencia 317/2021 del Tribunal Supremo que se invoca, este Tribunal ha tenido la oportunidad de pronunciarse en diversas resoluciones sobre la cuestión controvertida planteada, singularmente en forma sustancialmente idéntica a este contrato y recurso, en los recursos 1845/2021, 1645, 1646, 1648 y 1649/2021 y 1728 y 1730/2021, que dieron lugar a las resoluciones 1884/2021, de 22 de diciembre, 1953/2021, de 29 de diciembre y 60/2022, de 20 de enero.

En estas resoluciones, analizando las obligaciones que se imponían a los arrendatarios, hemos negado el carácter concesional de los contratos. Es el caso de la resolución nº 611/2021, de 21 de mayo de 2021, o de la resolución nº 1707/2021, de 25 de noviembre de 2021. En esta última afirmamos en sus fundamentos jurídicos segundo a quinto cuanto sigue:

«Segundo. 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 espacios en la zona de salidas de los Aeropuertos de Adolfo Suárez Madrid-Barajas, Málaga-Costa del Sol, Sevilla, Bilbao, Santiago-Rosalía de Castro y Jerez destinados a la realización de pruebas diagnósticas de infección activa para SARS-COV-2 y otros tipos de análisis clínicos”. 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. Como hemos señalado 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, con arreglo a su verdadera naturaleza y en función de su auténtico contenido prestacional, y ello con independencia de la calificación jurídica que le hayan atribuido las partes; 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 a que se refieren los pliegos objeto de impugnación para valorar la propia competencia de este Tribunal para el conocimiento del asunto.

Tercero. 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, en la resolución 611/2021, tras resumir la doctrina de este Tribunal sobre supuestos similares, afirmamos: “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.” Según lo expuesto, procede 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.

Pues bien, el objeto del contrato, según se ha dicho, es el arrendamiento de espacios en la zona de salidas de los aeropuertos de Adolfo Suárez Madrid-Barajas, Málaga-Costa del Sol, Sevilla, Bilbao, Santiago-Rosalía de Castro y Jerez, destinados a la realización de pruebas diagnósticas de infección activa para SARS-COV-2 y otros tipos de análisis clínicos. Si bien se establecen una serie de pruebas diagnósticas para detectar el COVID-19 en los pliegos (anexo I), dicha enumeración no se hace con carácter cerrado, sino como una simple enumeración de las pruebas de detección habituales, sin describir tampoco procedimientos concretos, modelos ni marcas, admitiendo además expresamente otras pruebas (homologadas por el Ministerio de Sanidad) así como otros servicios adicionales, no enumerados. 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. 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, la limpieza de los espacios cedidos, imponiéndose asimismo una serie de obligaciones en materia de seguridad. Por el contrario, no se fijan condiciones específicas sobre decoración del local, ni se regulan las condiciones laborales del personal, ni se imponen obligaciones específicas al contratista en caso de conflicto colectivo.



Cuarto. El Tribunal Supremo, en Sentencia núm. 317/2021 de 8 marzo, confirmando la sentencia de la Audiencia Nacional de 4 de febrero de 2019, que a su vez confirmaba la resolución 411/2017, ha señalado, si bien referido a un contrato de alquiler de local para servicios de restauración, lo siguiente: “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 en 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)(sic). Por no citar las previsiones que se incluyen en los pliegos sobre los servicios mínimos para el caso de huelga.” A diferencia aquel supuesto, en que la intervención de AENA sobre la dirección y organización de la actividad empresarial era singularmente intensa, lo que llevó a descartar existiera en tal supuesto 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 el objeto del contrato de arrendamiento es la realización de pruebas de detección del COVID-19–, y tampoco se establecen exigencias concretas de calidad de los productos o servicios ofertados, 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 ello debemos concluir, al igual que hicimos en la ya mencionada resolución 611/2021, que 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 o a aspectos relacionados con la imagen comercial, 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 sanitarios, medioambientales, laborales y de prevención de riesgos laborales, o de seguridad aeroportuaria responden realmente a la necesidad de cumplir con la normativa de aplicación.

Quinto. Por lo expuesto, debemos concluir que las licitaciones tienen la naturaleza jurídica de arrendamiento en la medida en que tienen por objeto 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 las zonas comerciales de las terminales descritas aeropuerto; careciendo, en consecuencia, de competencia este Tribunal para conocer del presente recurso”.

Segundo. Según se desprende de un examen detenido de los pliegos, la doctrina transcrita es plenamente aplicable a este caso en el que la licitación tiene la verdadera naturaleza jurídica de arrendamiento privado, pues tiene por objeto la gestión y explotación de los bienes que componen el patrimonio asignado a la entidad contratante por Ley, sobre todo a la vista de cuáles son las características del contrato en cuestión y las condiciones que se imponen sobre la actividad de restauración a desarrollar por la entidad que resulte adjudicataria, de acuerdo con los pliegos, en atención a la intervención que se reserva la entidad contratante en lo relativo a la dirección y organización de dicha actividad, sin existir tampoco intervención sobre los precios máximos y los productos o servicios, o su calidad, que puedan prestarse en los locales cuyo uso se cede mediante la contratación.

Así, junto a los aspectos recogidos en antecedentes, cabe añadir también los que seguidamente se indican:

- No se contempla en los pliegos recurridos ninguna obligación sobre mantenimiento de servicios mínimos en caso de huelga.
- En cuanto a la exigencia de información sobre el personal que presta servicios, su antigüedad o sus retribuciones, conforme al modelo de contrato (Anexo IX del PJCG), la cláusula 15 únicamente exige la obligación de facilitar información de los trabajadores cuando la normativa laboral prevea la subrogación, en los términos siguientes:

«Cuando una norma legal, un convenio colectivo o un acuerdo de negociación recojan una obligación de subrogación laboral aplicable al contrato objeto de licitación el arrendatario



saliente tendrá obligación de informar con al menos un año de antelación a la finalización del contrato, sobre los datos descritos y en la forma prevista en los Anexos III A) v B) de este contrato, a los efectos de facilitar la oferta para una nueva licitación del espacio arrendado. Esta obligación tendrá carácter esencial.>>

– Las únicas estipulaciones relativas a los productos o servicios que deben ofrecerse, su calidad o sus precios, obran en la descripción de los aspectos evaluables en la "memoria técnica" del PTCP, donde se da la posibilidad de incluir a los licitadores "un listado básico de al menos 20 productos con valor más competitivo", o mayor puntuación a los licitadores que se comprometan a una mejora del tiempo medio de atención y a la "oferta del licitador que presente una propuesta de compromiso de niveles de calidad de servicio a lo largo de la duración del contrato".

– No se incluye ninguna previsión sobre la decoración de los locales, más allá de una previsión genérica de que el diseño del local debe integrarse con la imagen del aeropuerto.

– En cuanto al estudio de viabilidad que se exige junto con la oferta técnica, se adjunta como Anexo II B del PTCP y consta de un folio en el que meramente se requiere un mínimo de información con objeto de valorar la solvencia de los licitadores.

– Sobre la exigencia de establecer medidas de control de facturación, horarios o el control del sistema de facturación, tal y como señalamos en la citada Resolución nº 611/2021:

"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 v 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.>>

Por ello la naturaleza del contrato como arrendamiento no queda desvirtuada por el hecho de que se recojan estas previsiones accesorias o complementarias, pues se encuentran justificadas por la ordenación del uso de los espacios que se ceden dentro del aeropuerto y por las exigencias derivadas de la correcta determinación de la renta y aseguramiento de su abono.

– Como recordamos en la aludida resolución nº 620/2021, en los contratos de concesión de servicios debe concurrir la nota de la onerosidad prevista en los términos del artículo 4 de la LCSP; aspecto que no tendría lugar en el presente contrato:

<<En segundo lugar, en el contrato de concesión de servicios se da la nota de onerosidad definida por el art. 4 LCSP que se concreta en que, a cambio de la prestación que el adjudicatario realiza a favor de la Administración (en este caso, encargarse de la gestión del servicio de titularidad o competencia de dicha Administración) el contratista recibe un beneficio económico (consistente en los beneficios de la explotación y, en su caso, si así se prevé, una prestación a cargo de la Administración). En el contrato que examinamos, por el contrario, se invierten los términos, pues es la Gerencia la que, a cambio de permitir el uso de determinados espacios para la realización de una actividad económica por la contraparte, recibe de ésta una renta a pagar semestralmente y por adelantado [...] Esta última característica hace, además, que tampoco podamos estar ni ante un contrato de servicios ni ante un contrato mixto regidos por la Ley de Contratos. Efectivamente, el contrato de servicios se define en el art. 17 de la LCSP en los siguientes términos: "Son contratos de servicios aquellos cuyo objeto son prestaciones de hacer consistentes en el desarrollo de una actividad o dirigidas a la obtención de un resultado distinto de una obra o suministro, incluyendo aquellos en que el adjudicatario se obligue a ejecutar el servicio de forma sucesiva y por precio unitario". En el presente caso la Administración no recibe una actividad o un resultado distinto de una obra o suministro a cambio de una ventaja, sino que es la Administración la que, a cambio de ceder el uso de un espacio, recibe una renta. Por tanto, claramente no estamos ante un contrato de servicios. [...]Ni tampoco, con carácter residual podríamos estar ante un contrato mixto pues en todo caso cualquier contrato de los que regula la LCSP incluido los mixtos, requerirían la concesión por la



Administración de un precio o beneficio económico a cambio de recibir una prestación, según la exigencia general que establece el citado art. 4 LCSP: y aquí claramente dicha nota no se da, como veíamos más arriba. Todo ello hace que, en conclusión, el contrato que analicemos no sea, en su contenido propiamente uno de los contratos previstos en la LCSP, sino que materialmente haya de configurarlo o bien como un contrato de arrendamiento de espacio o (si recayese sobre un bien de dominio público) reconducirlo a la figura de autorización o concesión demanial. Y, en uno u otro caso, estos tipos de negocio, más allá de que quedan fuera de la competencia revisora de este Tribunal, están directamente excluidos de la presente Ley de conformidad con lo previsto en el artículo 9 de la Ley 9/2017, que establece que "se encuentran excluidas de la presente Ley las autorizaciones y concesiones sobre bienes de dominio público y los contratos de explotación de bienes patrimoniales distintos a los definidos en el artículo 14, que se regularán por su legislación específica salvo en los casos en que expresamente se declaren de aplicación las prescripciones de la presente Ley.>>

– Finalmente, deben tomarse en consideración estipulaciones de los pliegos que regulan conceptos inherentes a la tipología contractual arrendaticia, como el pago de la renta (Cláusula 4 del PTCP), la duración del contrato (Cláusula 5 del PTCP), la constitución de la fianza legal prevista en la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos (Cláusula 9 del PJCG), la cesión y el subarriendo (Cláusula 12 del PJCG), los derechos de adquisición preferente, tanteo y retracto (Cláusula 13 del PJCG), extinción del contrato y tácita reconducción (Cláusula 15 del PJCG) y previsión relativa a la legislación aplicable (Cláusula 21 del PJCG).

Por último, frente a la alegación de que la determinación de un sistema de renta variable según volumen de ventas, junto con un sistema de renta mínima, podría ser impropia para un contrato de arrendamiento; hemos negado dicha interpretación en la resolución nº 574/2020, de 30 de abril de 2020.

<<La cláusula 3 del Contrato, de acuerdo con la cual la renta a satisfacer a AENA es la correspondiente a la mayor de las dos cantidades siguientes: una renta fija por operaciones o una renta mínima garantizada anual. En relación con esta cláusula, resulta relevante apuntar que la previsión de una renta variable para el arrendador en función del volumen de operaciones del arrendatario resulta una práctica habitual en el mercado. Así lo acreditan los contratos de arrendamiento inter privados que se celebran de ordinario en espacios como los centros



comerciales, en los que la renta anual del arrendador se establece en la cantidad que resulte de aplicar un porcentaje a la cifra de ventas realizada en el local arrendado cada año natural. En dichos contratos, sin perjuicio de la renta anual mínima garantizada, se contempla una renta variable que se determinará año a año aplicando un porcentaje sobre la cifra de ventas obtenida por el arrendatario durante el año natural correspondiente, sin que ello implique que la voluntad del dueño del centro comercial sea la de intervenir el negocio que es objeto de desarrollo en cada uno de los locales que explota.>>

En atención a las razones expuestas, debe concluirse que no concurre en este caso el carácter esencial de la concesión de servicios conforme al 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 --norma que se incorpora al ordenamiento jurídico interno por la vigente LCSP-- puesto que el objeto del contrato no es el confiar al adjudicatario la prestación y la gestión de un servicio cuyas condiciones de prestación quedan ordenadas por los pliegos, sino el cederle el derecho al uso de un inmueble, siendo accesorias a dicho objeto principal las concretas previsiones relativas a la actividad comercial a desarrollar en el mismo.

Esta conclusión determina la inadmisión de la reclamación por falta de competencia de este Tribunal, de conformidad con lo establecido en los artículos 20 a) y 120 del Real Decreto-Ley 3/2020 en relación con los artículos 9.2 y 55 a) de la LCSP, y artículo 22.2.1º del RPERMC.

Tercero. Resta por último examinar si, como sostiene la entidad contratante, la recurrente ha actuado con manifiesta mala fe y temeridad al reproducir los argumentos contra el contrato que han venido siendo rechazados reiteradamente en resoluciones anteriores, y debe asumir por ello la multa que la LCSP impone a tal comportamiento.

Es lo cierto que nuestra doctrina es reiterada y uniforme en la misma tipología de recursos contra contratos similares celebrados por la entidad adjudicataria, lo que lleva razonablemente a pensar que la doctrina ha de ser conocida por las empresas del sector, y recelar por ello que igualmente pueda serlo por la Asociación empresarial recurrente.

Ahora bien, la citada Asociación no ha presentado un recurso similar que hayamos resuelto inadmitiéndolo, aunque lo hayan hecho otras asociaciones empresariales, también es cierto que, a pesar de pretender la suspensión de la licitación, no ha conseguido de nosotros tal propósito, todo ello determina que, no pudiendo este Tribunal actuar por meras sospechas, y



dada la ausencia de perjuicios para la entidad contratante y los demás licitadores, no proceda imponer la multa prevista en la LCSP.

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 interpuesta por D. M.Z.B, en representación de la ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE OPERADORES COMERCIALES DE AEROPUERTOS, PUERTOS Y ESTACIONES, contra los pliegos que rigen la licitación convocada por AENA, S.M.E., S.A., para contratar el *“Arrendamiento de un (1) espacio destinado a restauración, en el Aeropuerto de Tenerife Norte-Ciudad de La Laguna.”*, expediente C/TFN/020/22, acordando el archivo de las actuaciones.

Segundo. Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición de la reclamación por lo que no procede la imposición de la multa prevista en el artículo 58.2 de la LCSP.

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 dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 11.1 letra f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.