



Sección de comentarios jurisprudenciales

El Tribunal Supremo califica los contratos de locales de los aeropuertos gestionados por Aena como concesiones de servicios y no como arrendamientos de local de negocio.

Recientemente se ha publicado la [STS 317/2021](#) recaída en el recurso de casación contencioso-administrativo 3210/2019 por la que nuestro Alto Tribunal ha calificado los contratos celebrados por AENA S.M.E., S.A., en los aeropuertos cuya gestión le corresponde como verdaderos contratos de concesión de servicios y no como contratos de arrendamiento de local de negocio.

El fallo, de 8 de marzo de 2021, dilucida como cuestión que presenta interés casacional (LO 7/2015) si determinados contratos de alquiler de local celebrados por AENA, deben ser calificados como contratos de arrendamiento (tal y como sostenía el gestor aeroportuario) o bien como concesiones de servicio (como apreció el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales y la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional).

Recordemos que Aena es el gestor de infraestructuras aeroportuarias que con carácter de sociedad mercantil estatal encuentra su régimen jurídico en el Real Decreto-ley 13/2010. Precisamente el Capítulo I del Título

II del citado instrumento normativo abordó la creación de la sociedad estatal y disciplinó su marco normativo.

Parte del debate judicial pivota sobre de la disposición transitoria tercera del citado RD-ley y su aplicabilidad al caso examinado. Dicha disposición transitoria preveía en su apartado cuarto que “*las concesiones demaniales otorgadas por la entidad pública empresarial AENA (hoy S.M.E) sobre bienes de dominio público aeroportuario se transformarán en contratos de arrendamiento*”.

El Tribunal Supremo, rechazando el argumento de la recurrente, entiende que dicha disposición no es de aplicación al caso planteado, de un lado porque dicha norma tiene carácter de Derecho transitorio; y de otro, porque los concretos locales sobre los que versaba la cuestión (de restauración) no podían considerarse como bienes de dominio público. Entendiendo que los servicios o actividades de restauración, por no estar afectos a servicios de navegación aérea dejaron de tener la consideración de bienes de dominio público

aeroportuario (*ex artículo 9* del RD-ley), no quedaron afectados por la conversión forzosa en contratos de arrendamiento de la citada e disposición transitoria.

Posteriormente la Sentencia entra a calificar esta tipología de contratos y acaba concluyendo que no pueden merecer el calificativo de contratos de arrendamiento en la medida en que la arrendadora se reservaba parte de las facultades de dirección de la actividad como la fijación de precios máximos de venta, el establecimiento de estándares en la calidad de productos o la intervención en la decoración de los locales.

A continuación entra a analizar la aplicabilidad del artículo 5 de la directiva 2014/23 relativa a la adjudicación de contratos de concesión [aplicable desde abril de 2016 habida cuenta del efecto directo de la directiva no transpuesta en plazo conforme a doctrina jurisprudencial del TJUE) en cuanto a la definición del contrato de concesión de servicios en el que los contratos objeto de debate encontrarían cabida, desterrando igualmente la posibilidad de aplicación del contrato de servicios de la LCSP por existir transferencia del riesgo operacional al concesionario.

La sentencia cuenta, no obstante, con un minúsculo voto particular que dando la razón a la recurrente parece hundir sus raíces en la naturaleza y finalidad a que respondió el RD-ley 13/2010, esto es, a la liberalización de los servicios aeroportuarios.

La consecuencia de la calificación efectuada por parte del Tribunal Supremo en su reciente sentencia es que AENA pasa a estar vinculada en

este tipo de contrataciones por la LCSP (en la medida en que ésta le resulta de aplicación *ex artículo 3 LCSP*) y a la normativa de contratación europea que le sea aplicable en tanto se trate de contratos sujetos a regulación armonizada.

No obstante, a raíz del pronunciamiento judicial y habida cuenta de la situación extraordinaria en la que nos encontramos inmersos desde el 14 de marzo de 2020, cabe preguntarse cuál es el verdadero alcance de la sentencia en relación con las vicisitudes de dichos contratos durante la pandemia asociada a la Covid-19.

En este sentido cabe recordar que los contratos de concesión de servicios celebrados por cualesquiera entidades incluidas dentro del concepto de Sector Público del artículo 3 LCSP (AENA lo está) contaron con un régimen jurídico específico respecto al reequilibrio económico de la concesión, suponiendo, en esencia, una positividad de la cláusula *rebus*.

Particular interés reviste la cuestión de si esta regulación *sui generis* de la *rebus* en contratación pública (que trae causa del régimen general de la LCSP para el reequilibrio de las concesiones), excluiría o no la potencial aplicación jurisdiccional de dicha cláusula en aquellos contratos que, aun sometidos a la LCSP (por ser de aplicación subjetiva al ente contratante, *ex artículo 3*), se rijan en cuanto a sus efectos y extinción, por el Derecho privado.

Cuestión ésta que presenta diversas aristas y que por su complejidad podremos entrar a valorar con mayor detenimiento en otra nota jurídica sin perjuicio de anticipar que a nuestro juicio, la modulación contractual por vía *rebus*, sí resultaría posible.