

LA ADJUDICACIÓN DE ESPACIOS COMERCIALES EN LOS AEROPUERTOS: A PROPÓSITO DE LOS ALQUILERES DE AENA¹

JUAN JOSÉ GUIMERÁ RICO
Universidad de La Laguna

Cómo citar/Citation

Guimerá Rico, J. J. (2024).
La adjudicación de espacios comerciales en los aeropuertos:
a propósito de los alquileres de AENA.
Revista de Administración Pública, 223, 225-250.
doi:<https://doi.org/10.18042/cepc/rap.223.09>

Resumen

En el presente trabajo se aborda la naturaleza jurídica de la adjudicación de locales destinados a actividades comerciales en los aeropuertos. Tradicionalmente autorizaciones demaniales, la liberalización del sector trajo consigo la desafectación parcial del dominio público aeroportuario y su gestión mediante contratos de arrendamiento, negocios patrimoniales excluidos de la legislación de contratos públicos. Esto plantea el problema del control del cumplimiento de los principios de publicidad, transparencia, objetividad y concurrencia en la explotación de bienes patrimoniales, problema que la STS 317/2021, de 8 de marzo, resolvió considerándolos contratos de concesión de servicios. Aunque no ha sido reiterada, las dudas que plantea justifican un intento de revisión del régimen aplicable. A tal fin, se analizan la jurisprudencia clásica sobre estos negocios, sus particularidades en el sector aeroportuario, la incidencia de las directivas y las dificultades de su transposición al derecho interno.

¹ Trabajo realizado en el marco del Proyecto de la Agencia Estatal de Investigación PID 2020-115834RB-C31: El sector público al servicio de la responsabilidad estratégica del Estado.

Palabras clave

Locales comerciales; contratos de arrendamiento; concesiones de servicios; sectores excluidos; servicios específicos.

Abstract

This paper deals with the legal nature of the allocation of airport premises for commercial activities, traditionally regarded as permits or licences on public land. Along with the liberalisation of the sector came the possibility of managing public assets through private leases, which are excluded from the laws on public procurement, thus raising the question of how to comply with the principles of publicity, transparency, concurrence and objectivity in the exploitation of public assets. Supreme Court's ruling 317/2021, of 8 March 2021, solved it by considering these leases as service concession contracts. It is not, however, settled case-law, and it raises questions that justify the present attempt at revisiting the applicable legal framework. To this end, the classic understanding of these leases, their specialties in the airport sector, the impact of the EU Directives and how these have been implemented into domestic law, are analyzed.

Keywords

Airport premises; land allocation; service concessions; utilities; specific services.

SUMARIO

I. LA CONTROVERSIA: ¿CONTRATOS DE ARRENDAMIENTO O CONCESIONES DE SERVICIO? II. LA CARACTERIZACIÓN TRADICIONAL DE ESTOS CONTRATOS: 1. En la jurisdicción contencioso-administrativa: autorizaciones/concesiones demaniales. 2. En la jurisdicción civil: contratos de arrendamiento «de naturaleza especial». 3. En el derecho mercantil: los arrendamientos de locales en centros comerciales. III. EL RÉGIMEN JURÍDICO DE AENA, S.A. 1. El sujeto: empresa pública que opera en un sector regulado. 2. Los medios: desafectación parcial del dominio público aeroportuario. 3. Los fines: gestión y explotación de la red de aeropuertos. IV. LOS NEGOCIOS PATRIMONIALES EN LA DIRECTIVA DE CONCESIONES: 1. La regla general: exclusión de las relaciones locativas, aunque se predetermine el destino del bien. 2. La excepción sujeta: la prestación de «servicios específicos». 3. El régimen simplificado como garantía de la libertad de acceso a las instalaciones. 4. La transposición al ordenamiento interno. V. REFLEXIONES FINALES.

I. LA CONTROVERSIA: ¿CONTRATOS DE ARRENDAMIENTO O CONCESIONES DE SERVICIO?

La STS (3ª) 317/2021, de 8 de marzo, ocasionó cierto revuelo² al considerar que los contratos de arrendamiento que AENA suscribe con los empresarios de restauración en los aeropuertos debían calificarse como contratos de concesión de servicios. El fallo llegó en un momento de tensión entre AENA y sus arrendatarios por el cierre obligatorio de los restaurantes durante el estado de alarma y las subsiguientes restricciones al tráfico aéreo, que provocaron una fuerte caída de ingresos, obligando al legislador a adoptar soluciones de urgencia³, y a la doctrina a replantear

² J. L. Martínez Alonso-Camps (2022), «La controversia sobre la gestión contractual de los servicios no públicos: concesiones y contratos de servicios versus contratos de arrendamiento y otras figuras patrimoniales», *Observatorio de los contratos públicos 2021*, Thomson Reuters-Aranzadi, págs. 409-471, en particular el epígrafe VII, págs. 445 y ss.

³ El RDL 35/2020 de 22 de diciembre, de medidas urgentes de apoyo al sector turístico, la hostelería y el comercio y en materia tributaria, impuso una reducción o una moratoria de las rentas debidas por los arrendatarios de inmuebles propiedad de empresas públicas, por

el debate sobre el reparto de riesgos en supuestos de alteración grave del equilibrio económico⁴. La situación parece haberse apaciguado, en parte por la recuperación del volumen habitual de pasajeros⁵, y en parte porque la sentencia no ha sido reiterada. Con todo, la polémica deja algunos interrogantes que aconsejan visitar el tratamiento de estos negocios en el contexto de la liberalización aeroportuaria⁶ y a la vista de las directivas de contratación de 2014⁷.

el tiempo que durara el estado de alarma y hasta un máximo de cuatro meses. Lo comenta, con perspectiva práctica, A. de Alfonso Bozzo (2021), «Arrendamientos en AENA, ¿qué hacer cuando se acaba la bonanza? Aportaciones actualizadas al régimen jurídico de los arrendamientos comerciales en AENA», *Revista Española de Derecho Aeronáutico y Espacial*, 1, págs. 21-36. Más repercusión tuvo la Ley 13/2021, de octubre, de modificación de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres de 1987, cuya disposición final 7ª declaró inexigibles las rentas mínimas garantizadas devengadas durante el primer estado de alarma. Para las devengadas después, impuso la obligación de recalcularlas en proporción al menor volumen de pasajeros, aunque las partes hubieran alcanzado otros acuerdos e incluso cuando ya se hubiera satisfecho el pago. En comparecencia ante la Comisión de Transportes del Senado —*Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, 521, de 27 de octubre de 2021—, el presidente de AENA criticó con dureza esta medida y anunció haber dado instrucciones a sus servicios jurídicos para plantear cuestiones de inconstitucionalidad en los pleitos abiertos con los arrendatarios, sin que a fecha de cerrar estas líneas conste haberse elevado ninguna.

- ⁴ Sobre el *status quaestionis* anterior, F. L. Hernández González (2017), «La depuración de las técnicas de equilibrio económico aplicables a la concesión de servicios de transporte regular de viajeros (comentario a la STS 1868/2016, de 20 de julio)», *Revista de Administración Pública*, 202, págs. 205-222; J. Tornos Mas (2020), «Covid-19, contratos concesionales y reequilibrio económico», *Observatorio de los contratos públicos 2019*, págs. 113-146; y en el mismo volumen, X. Lazo Vitoria y E. López Mora (2020), «Reequilibrio económico de las concesiones en tiempos de COVID-19», págs. 169-192. En concreto para este sector, E. Pérez de los Cobos Hernández (2023), *COVID-19 y contratos de concesión de servicios: el reequilibrio económico tras la suspensión del contrato*, Tirant lo Blanch.
- ⁵ AENA cerró el ejercicio 2022 con un total de 243.681.775 pasajeros, una recuperación del 88,5% del tráfico respecto a los niveles de 2019. Midiendo solo el mes de diciembre, la recuperación es del 98,1%. La noticia coincidió con el anuncio de la licitación, en diciembre de 2022, de 66.000 m² de superficie comercial en toda la red de AENA, para puntos de venta libres de impuestos.
- ⁶ Estudiada tempranamente por A. M. González Sanfiel (2000), *Un nuevo régimen para las infraestructuras de dominio público*, RDU Editorial Jurídica, y (2001), «Competencia en las infraestructuras demaniales y nuevo régimen para las infraestructuras de uso público», en *Nuevo derecho de las infraestructuras*, págs. 161-195; J. Esteve Pardo (2001), *Régimen jurídico de los aeropuertos: servicio público y explotación comercial*, Tirant lo Blanch. Más recientemente, E. Regalés Cristóbal (2016), *La infraestructura aeroportuaria y el espacio aéreo como elementos del mercado de transporte: su gestión, sistema normativo y derecho comparado*, Instituto Iberoamericano de Derecho Aeronáutico y del Espacio y de la Aviación Comercial.
- ⁷ La bibliografía es abundante. Para este estudio se han tenido en cuenta X. Lazo Vitoria (2015), «Contratos públicos, concesiones y contratos mixtos: novedades en las

Los hechos fueron los siguientes. AENA había convocado un concurso de ofertas para renovar el alquiler de varios espacios destinados a restaurante en El Prat, Barcelona⁸. Pansfood, principal arrendatario en ese aeropuerto⁹, impugnó la convocatoria ante el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, alegando que lo licitado no eran arrendamientos sino *contratos de servicios* de restauración, con infracción de sus normas reguladoras, en especial, el deber de publicación en el *DOUE*. El TACRC admitió el recurso, pero corrigió la calificación. Según la Resolución 417/2017, de 12 de mayo, se trataba de *contratos de concesión de servicios*, encuadrables en un «concepto expansivo» de la figura, basado únicamente en el criterio de la transferencia del riesgo operacional al contratista¹⁰. AENA recurrió el fallo ante la Audiencia Nacional, que lo confirmó, como luego hizo el Tribunal Supremo.

nuevas Directivas de contratación pública» y D. Utrilla Fernández-Bermejo (2015), «La influencia del derecho de la Unión Europea sobre la adjudicación de concesiones», ambos en *Las nuevas Directivas de contratación pública. Ponencias del X Congreso de la AEPDA*, Thomson Reuters-Aranzadi, págs. 329-339 y 423-435, respectivamente, y J. M.^a Gimeno Feliú (2020) «La regulación de la contratación en los sectores especiales y su incidencia práctica. Novedades del Real Decreto-Ley 3/2020», *Cuadernos de Derecho local*, 53, págs. 12-74.

⁸ Los expedientes C/BCN/010/17, C/BCN/016/17 y C/BCN/019/17 dieron lugar a las reclamaciones 252, 253 y 256 de 2017, que el TACRC acumuló en su resolución 417/2017, de 12 de mayo, estimatoria parcial. Cada una de las partes recurrió la desestimación de sus pretensiones ante la Audiencia Nacional, que confirma la resolución del TACRC en sentencias de 17 de septiembre de 2018 (JUR 2018\295364) y de 2 de febrero de 2020 (RJCA 220\179). La que llegó al Supremo fue la de 4 de febrero de 2019 (RJCA 2019\36), confirmatoria de la resolución del TACRC de 5 de mayo de 2017, sobre el pliego identificado como expediente C/BCN/019/17.

⁹ Pansfood, S.A. pertenece a EatOutGoup, a su vez propiedad del Grupo Ibersol, multinacional que en los nueve primeros meses de 2020 declaró una facturación de 213 millones de euros, un 40% menos que el año anterior. Gestiona marcas propias y varias franquicias bien conocidas en el mercado de comida rápida como *Pans&Company*, *Pizza Hut*, *Kentucky Fried Chicken* o *Burger King*. Es el primer operador del aeropuerto de Barcelona, donde explota 19 establecimientos con una cuota de mercado del 30-40%, según el informe de la CNMC C/1145/20.

¹⁰ Sobre este concepto, véase F. L. Hernández González (2016), *La nueva concesión de servicios. Estudio del riesgo operacional*, Thomson-Reuters Aranzadi; R. Sahún Pacheco (2019), *Riesgo operacional y servicio público*, Boletín Oficial del Estado; y M.^a E. López Mora (2019), *El nuevo contrato de concesión: el riesgo operacional*, Atelier. En general, sobre las diferencias conceptuales entre la aproximación europea y la tradición española, J. Tornos Mas (2018), «El contrato de concesión de servicios», en J. M. Gimeno Feliú (dir.), *Estudio sistemático de la ley de contratos del sector público*, Thomson Reuters-Aranzadi, págs. 1447-1484; y X. Lazo Vitoria (2018), «El contrato de concesión de servicios», en I. Gallego Córcoles y E. Gamero Casado (dirs.), *Tratado de contratos del sector público*, vol. 3, Tirant lo Blanch, págs. 2574-2614.

La cuestión de interés casacional era determinar «si los contratos de alquiler de local de AENA deben ser calificados de contratos de arrendamiento o, por aplicación de la Directiva 2014/23/UE, de 26 de febrero, deben calificarse como contrato de concesión de servicios». Los argumentos definitivos fueron dos: (i) la calificación de arrendamiento debía descartarse, porque los contratos incluían cláusulas «que exceden con mucho del contenido obligacional propio y característico» de una relación arrendaticia¹¹ y (ii) que AENA «se reserva las facultades de dirección y control de la actividad», pero sin asumir los riesgos de la explotación, lo que indicaba que se los había transferido al contratista, y por tanto, la existencia de una concesión de servicios¹². En un voto particular, igualmente escueto, el magistrado discrepante opuso que «la existencia de pactos adicionales no desplaza el objeto principal —la cesión por contrato de un espacio para el ejercicio de una actividad comercial—, lo que deja en segundo lugar la idea de asunción del riesgo operacional por parte del arrendatario».

El Tribunal Supremo no ha tenido ocasión de sentar jurisprudencia en este punto, en buena parte porque el TACRC ha variado su posición. En resoluciones posteriores afirma que el criterio de la no asunción del riesgo operacional no basta, porque también concurre en los arrendamientos —Res. 1884/2021, de 21 de diciembre—, que el deber de destinar el bien a una concreta actividad no desplaza el objeto principal del contrato, la cesión del derecho de uso de un inmueble a cambio de un precio —Res. 588/2022, de 18 de mayo—, y que para entender otra cosa haría falta que la facultad de supervisión de la actividad del arrendatario fuera «singularmente intensa», por ejemplo, fijando precios máximos o una determinada calidad de productos y servicios —Res. 1707/2021, de 25 de noviembre—. En suma, el TACRC hace ahora suyos los argumentos que entonces opuso AENA.

La consecuencia es que, al no ser actos de adjudicación de contratos o concesiones sobre los que tenga competencia, el TACRC inadmite las reclamaciones. Lo cual no deja de ser paradójico, pues la verdadera cuestión de fondo,

¹¹ AENA se reservaba el derecho a aprobar la decoración y el mobiliario, imponía instrucciones sobre la ropa de trabajo a utilizar por el personal, establecía precios máximos y el deber de ofrecer varios tipos de cafés, y exigía un tiempo de espera inferior a 7 minutos por cliente. El arrendatario debía presentar un plan de negocio y acompañarlo de un sistema de control de ventas, y medidas de seguimiento a supervisar por AENA, que también podía imponer servicios mínimos en caso de huelga.

¹² Se discutió también un motivo formal: lesión del art. 24.2 CE por inaplicación de una ley nacional sin haber planteado la preceptiva cuestión prejudicial ante el TJUE. Invocaba AENA la DT 3ª del RDL 13/2010, de 3 de diciembre, que —en coherencia con la desafectación de las zonas aeroportuarias no indispensables para la prestación del servicio de transporte, y el mandato de gestionarlas y explotarlas en régimen de derecho privado— había ordenado la conversión de las concesiones demaniales en contratos de arrendamiento. Para la sentencia, esa disposición no resultaba de aplicación al caso por tratarse de un nuevo contrato, no proveniente de una antigua concesión.

lo que da pie al debate sobre la naturaleza jurídica de estos negocios, es determinar cuáles son las vías de impugnación, si es que existen, contra las decisiones de AENA. Esto es, cómo tutelar el derecho de los empresarios de restauración, o de cualesquiera otras actividades comerciales propias de los aeropuertos, a acceder al uso de las instalaciones aeroportuarias —bienes públicos— en condiciones de igualdad, transparencia, concurrencia y publicidad, como exige el art. 8.1.c) de la Ley 33/2003, del Patrimonio de las Administraciones Públicas —en adelante, LPAP—. Es el problema clásico del control jurisdiccional de los actos de adjudicación de contratos patrimoniales de las sociedades públicas, a los que, por omisión del art. 110 LPAP, no les resulta de aplicación la doctrina de los actos separables¹³.

Para tratar de resolver esta cuestión, es preciso partir del tratamiento tradicional de estos negocios, antes de analizar sus peculiaridades en el sector aeroportuario y las novedades de su regulación en el ordenamiento comunitario.

II. LA CARACTERIZACIÓN TRADICIONAL DE ESTOS CONTRATOS

1. EN LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA: AUTORIZACIONES/CONCESIONES DEMANIALES

La calificación de los servicios de restaurante, cafetería o cantina en dependencias públicas solía ser pacífica: contratos administrativos especiales, que el art. 25.1.b) de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público —en adelante, LCSP—, define como aquellos que sin estar tipificados, tienen «naturaleza administrativa especial por estar vinculados al giro o tráfico específico de la Administración contratante o por satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia de aquélla»¹⁴.

¹³ Sobre este asunto, J. V. González García (2018), «El patrimonio de las sociedades mercantiles públicas», *Derecho de sociedades y de los mercados financieros: libro homenaje a Carmen Alonso Ledesma*, Iustel, págs. 415-433; y E. Gamero Casado (2019), «Régimen de los actos separables de los contratos privados del sector público: especial referencia a las entidades instrumentales con personalidad de derecho privado», *Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, 163, págs. 77-94.

¹⁴ I. Gallego Córcoles (2010), «Contratos administrativos especiales», *Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, 100, págs. 60-67, y 101, págs. 52-61; E. Vázquez Lacunza (2019), «La delimitación del contrato administrativo especial en la Ley 9/2017, de contratos del sector público», *Gabilex: Revista del Gabinete Jurídico de Castilla-La Mancha*, 2, págs. 799-818, para quien la categoría «ha quedado prácticamente eliminada, pudiendo en función de la configuración de su objeto calificarse como contrato de servicios o concesión de servicios». Sobre sus diferencias con

Esta era la tesis predominante en el ámbito local, por la mayor amplitud que allí tiene el concepto de servicio público, entendido como servicios de competencia municipal —arts. 25 y 85 de la Ley de Bases de Régimen Local—. En el ámbito estatal, por el contrario, donde el servicio público tradicionalmente implica reserva legal de la actividad en exclusiva a favor de la Administración, la solución siempre fue otra.

Frente a ese entendimiento, el Tribunal Supremo se ha pronunciado varias veces sobre la naturaleza de la cesión de locales en aeropuertos, que considera invariablemente autorizaciones o concesiones demaniales. En la STS de 1 de marzo de 1979 (RJ 1979\1845) calificó así a un contrato que las partes habían denominado de «prestación del servicio de cambio de divisas», porque su objeto principal era la cesión de uso del local. En la STS de 4 de octubre de 2005 (RJ 2005\8754), FD 4º, da un paso más, al descartar expresamente la calificación de contrato administrativo especial, pues «la instalación de unas tiendas en los recintos de los aeropuertos, ni está vinculada al giro o tráfico específico de la Administración, ni está dirigida a satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública».

Esta jurisprudencia descansa en tres premisas. La causa preponderante del negocio es la cesión de uso de un inmueble —es decir, una relación locativa—, dato que obliga a reconducirlo al régimen demanial. No se ignora que la cesión conlleva el deber de destinar el local a la prestación de unos determinados servicios, pero estos, ni están vinculados al giro o tráfico específico de la Administración ni satisfacen de forma directa o inmediata una finalidad pública. En fin, se trata de concesiones/autorizaciones demaniales, pero en ningún caso contratos administrativos, ni siquiera especiales.

2. EN LA JURISDICCIÓN CIVIL: CONTRATOS DE ARRENDAMIENTO «DE NATURALEZA ESPECIAL»

En cambio, la Sala Primera del Tribunal Supremo, a propósito de los arrendamientos de locales propiedad de RENFE, sí que daba importancia a esos servicios, al punto de ver en ellos la *esencia y finalidad del contrato*. A la jurisdicción ordinaria le resultaba extraña la presencia de un elemento de derecho público y en consecuencia calificaba los contratos como de naturaleza

los negocios patrimoniales, M. Contreras Ruiz (2008), «La distinción entre contratos administrativos especiales y contratos privados de la Administración en la Ley de Contratos del Sector Público: el caso de los contratos inmobiliarios», *Revista española de la función consultiva*, 10, págs. 21-32, y S. de Salas Murillo (2013), «La difusa frontera entre los contratos administrativos especiales y los contratos privados: un ejemplo a propósito del derecho de superficie», *Estudios de derecho civil en homenaje al profesor Joaquín José Rams Albesa*, Dykinson, págs. 709-722.

especial, mixta o compleja¹⁵. Pero esta doctrina, más tarde corregida, se explica por la legislación de la época. La Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964 no se aplicaba a los arrendamientos de industria¹⁶, que se regían por lo expresamente pactado y, en su defecto, por las reglas generales del Código Civil. Así, los tribunales se veían obligados a profundizar caso por caso en las cláusulas del contrato para determinar si su objeto era solo la cesión del inmueble —supuesto protegido por la ley— o si incluía otros elementos patrimoniales susceptibles de explotación —arrendamientos de industria, excluidos—. La distinción perdió vigor a medida que el legislador fue ampliando la protección al inquilino. La reforma de la LAU en 1994 la eliminó, los contratos de arrendamiento quedaron reconducidos a dos categorías más amplias —para vivienda y para uso distinto del de vivienda— y los tribunales quedaron liberados de indagar en la mayor o menor intensidad causal de las prestaciones accesorias.

El cambio de tendencia quedó reflejado en tres sentencias a partir del año 2000. Para la STS 47/2000, de 24 de enero (RJ 2000\115), la cesión del uso de un local en una estación de trenes constituía una «concesión sujeta a condiciones generales y particulares». La STS 248/2003, de 17 de marzo (RJ 2003\2593), consideró arrendamiento un contrato que las partes lo habían calificado de prestación de servicios —de nuevo, prevalencia del elemento locaticio al margen de la importancia que tuvieran las cláusulas accesorias—. Por su parte, la STS 137/2000, de 21 de febrero (RJ 2000\1239), resolviendo un caso entre particulares, concluyó que los arrendamientos no dejan de serlo porque incluyan «prestaciones que no son propias y específicas de la relación arrendaticia».

Este es el planteamiento que la jurisprudencia menor ha seguido después y el que interesa dejar destacado aquí: si el contrato incluye la cesión del inmueble a cambio de un precio, se trata de un arrendamiento por más que incluya pactos adicionales, los cuales pueden reflejar negocios jurídicos coligados o deberse a las peculiares características del espacio arrendado. En términos generales, se puede concluir que no cabe aplicar las reglas de los contratos mixtos cuando la prestación principal es una relación locativa: la «tesis de la absorción» prevalece sobre el «criterio de la combinación»¹⁷.

¹⁵ La STS de 27 de octubre de 1967 apreció que el arrendamiento era de naturaleza especial por estar «íntimamente ligado con la mejor prestación del servicio público», y la STS 313/1993, de 31 de marzo (RJ 1995\7326), FJ 3º, que «la esencia y finalidad del contrato vienen determinadas por la colaboración en el servicio ferroviario prestando servicios a los pasajeros».

¹⁶ El art. 3.1 definía la industria como una «unidad patrimonial con vida propia y susceptible de ser inmediatamente explotada, o pendiente para serlo de meras formalidades administrativas».

¹⁷ X. Lazo Vitoria (2009), «Los contratos mixtos», *Revista de Administración Pública*, 179, págs. 143-165, entiende que sí cabe fusionar contratos típicos y contratos privados.

3. EN EL DERECHO MERCANTIL: LOS ARRENDAMIENTOS DE LOCALES EN CENTROS COMERCIALES

Ese giro en la doctrina civil vino a dar cobertura a los arrendamientos de locales en centros comerciales¹⁸. Habitualmente se articulan en contratos normalizados, en los que los arrendatarios disponen de poco margen para negociar sus cláusulas. Algunas de ellas pueden parecer ajenas al típico contrato de arrendamiento —«condiciones exorbitantes», según la sentencia comentada—, pero lo cierto es que están a la orden de día en el sector, y los tribunales las dan por buenas. En efecto, es común que sea el gestor del centro quien disponga dónde debe situarse cada establecimiento, fije horarios de apertura y cierre, coordine la actividad publicitaria de los arrendatarios o, incluso, que se reserve la facultad de supervisar su contabilidad para asegurarse de que van a alcanzar unas cifras mínimas de ventas¹⁹.

En síntesis, el razonamiento que sigue esta jurisprudencia es el siguiente: gestionar un centro comercial es una actividad económica en sí misma, distinta de la que llevan a cabo los arrendatarios, y la inclusión de obligaciones accesorias no implica merma de su libertad empresarial, pues siguen conservando autonomía organizativa e independencia para ordenar sus propios recursos humanos y materiales²⁰. Las prestaciones adicionales pueden constituir tanto obligaciones *ob rem*, en

¹⁸ Comienza a fraguarse en la STS de 25 de mayo de 1992, RJ 1992\4281, que decidió, FD 3.º, que un local situado en un Palacio de Congresos «debe considerarse como elemento subordinado al conjunto, lo que determina el cumplimiento de determinadas reglas, que al tiempo que supeditan el funcionamiento del negocio accesorio a la necesidad de su observancia, garantizan el mayor desarrollo y continuidad de las actividades del complejo». En consecuencia, «por mucha que fuera la autonomía de instalación y de prestación de servicios que el restaurante tuviera... sin duda, motivación relevante al momento de la celebración del contrato fue para el arrendatario aquella clientela expectante que en gran parte dependía de los atractivos generales del negocio de los arrendadores». En la misma línea, la STS de 4 de octubre de 1995, RJ 1995\6987.

¹⁹ SAP Alicante 844/1999 de 13 de mayo (AC 1999\5100), FD 1º: *Las facultades que en el contrato se reservan a la arrendadora sobre la documentación y contabilidad de la empresa arrendataria tienen su justificación en la especial determinación de la renta, pues junto a una renta mínima garantizada existe una renta variable que consiste en el 6% de la cifra de ventas de ese local. En todo caso, esas peculiaridades amparadas en el ejercicio de la autonomía de la voluntad...* En igual sentido, el AAP Guadalajara 78/2009, de 20 de julio (JUR 2009\375017), FD 4.º; SAP Barcelona 341/2011, de 23 de junio (JUR 2011\310504), FD 2.º; SSAP La Rioja 104/2014, de 4 de abril (JUR 2014\136045), FD 3.º y 133/2018, de 25 de abril (JUR 2018\205381), FD 2.º, entre otras.

²⁰ Los elementos esenciales, duración y precio, sí son objeto de negociación individualizada. Esto, unido al hecho de que ambas partes contratan «con un propósito propio a su actividad profesional», es lo que ha llevado al TS a decir que no es aplicable la normativa sobre cláusulas generales de la contratación: SSTS 648/2002, de 24 de junio, RJ 2002\8062, FD 6.º y 802/2002, de 25 de julio, RJ 2002\6939, FD 1.º.

atención a las peculiares características del espacio arrendado²¹, como personales, en atención al beneficio añadido que obtienen los arrendatarios como consecuencia de la gestión unitaria del centro²². Pero «no alteran en modo alguno la consideración del contrato, pues en todo caso son secundarias de la obligación principal de cesión temporal del uso de un inmueble a cambio del pago de una renta»²³.

A juzgar por cómo configura sus pliegos, AENA parece conocedora de la doctrina que acaba de exponerse. Se cuida de hacer costar que las servidumbres y limitaciones a los comerciantes se explican por la necesidad de optimizar, mediante la gestión unitaria, las varias actividades que coexisten en el aeropuerto; que la imposición de deberes comunes en cuanto a horarios, servicios, calidad de los productos, ubicación de locales y publicidad conjunta responde al beneficio añadido que supone aglutinar esas actividades en un mismo espacio; y que el deber de destinar cada local —en su caso, equipado con los enseres necesarios— a un negocio determinado sirve para maximizar los rendimientos de ambas partes. En esencia, AENA pretende comportarse como el propietario de un centro comercial. Sin embargo, su condición de empresa pública, el carácter también público de los bienes que explota y, sobre todo, el mercado restringido en el que opera, son factores que obligan a cuestionarse si tal equiparación es posible.

III. EL RÉGIMEN JURÍDICO DE AENA, S.A.

1. EL SUJETO: EMPRESA PÚBLICA QUE OPERA EN UN SECTOR REGULADO

AENA es una sociedad mercantil estatal parcialmente privatizada —el 49% de su capital cotiza en Bolsa— que tiene encomendada por ley la gestión y explo-

²¹ La STS 648/2002 antes citada dice en su FD 3.º que «las limitaciones de exclusividad explotadora se introducen con la intención de, por una parte, integrar distintos tipos de negocios para completar los servicios a los clientes, y por otra, de evitar la duplicidad de puestos o tiendas similares dentro del mismo recinto». La SAP Gerona 110/2014, de 1 de abril (JUR 2014\152419), razona en su FD 2 que «existen unas obligaciones especiales en atención al propio lugar donde se encuentra el local arrendado, esto es, un centro comercial... por lo tanto es claro que no sólo existen las obligaciones generales que surgen de cualquier contrato de arrendamiento».

²² Para la SAP Álava 574/2017 (JUR 2018\205381), FD 2, la gestión conjunta aporta a los comerciantes un beneficio añadido derivado de un centro comercial de múltiples actividades, que implica la necesidad de cumplir determinadas obligaciones en cuanto al destino de superficies, calidad de los productos y servicios, ubicación, horarios, actividades conjuntas comerciales, cumplimiento de las normativas comunes del centro, logotipo o insignia común y la apertura del local al público en la fecha designada.

²³ La cita es de la SAP Murcia 269/2012, de 17 de julio de 2012 (JUR 2012\279770), FD 2.º.

tación de la red de aeropuertos de interés general. Opera, pues, en un sector «excluido», «regulado» o «especial»: mercados contruidos sobre antiguos monopolios estatales, que se desarrollan sobre infraestructuras no duplicables y que por lo tanto exigen una regulación particular, que garantice condiciones de plena competencia²⁴.

Su régimen jurídico es disperso. Fue creada en su forma actual por el RDL 13/2010, de 3 de diciembre, de actuaciones en el ámbito laboral y liberalizadoras para fomentar la inversión y la creación de empleo²⁵. Esta norma fue modificada por el RDL 8/2014, 4 de julio, de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia —luego tramitado como Ley 18/2014, de 15 de octubre— que perfiló las funciones de AENA como gestor aeroportuario. Los aspectos relativos a su financiación los regula la Ley 21/2003, de 7 de julio, de Seguridad Aérea, y en lo no previsto en estas normas, son de aplicación las generales relativas a las sociedades mercantiles estatales de la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público y de la LPAP. En su actividad contractual, no aplica la LCSP sino el RDL 3/2020, de 4 de febrero, por el que se incorporó al ordenamiento interno la Directiva 2014/25/UE, de 26 de febrero de 2014, relativa a la contratación por las entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales; en lo sucesivo, *Directiva de sectores excluidos*.

Para la adjudicación de espacios a operadores de servicios aeroportuarios rige el procedimiento establecido en el RD 1161/1999, de 2 de julio, por el que se transpuso al ordenamiento jurídico interno la Directiva 96/97/CE, de 15 de octubre, relativa al acceso al mercado de asistencia en tierra en los aeropuertos de la comunidad. Por lo demás, «la gestión de los servicios aeroportuarios no esenciales, así como la gestión comercial de las infraestructuras o su explotación urbanística queda sujeta al libre mercado», así dice la exposición de motivos de la Ley 18/2014. Más concretamente, en virtud del art. 8 del RDL 13/2010, la gestión patrimonial queda remitida a la legislación mercantil, con el matiz —en inciso añadido por el RDL 8/2014— de que en «las contrataciones que realice» AENA deberá garantizar «los principios de concurrencia, publicidad, transparencia, igualdad de trato y no discriminación». De cómo ha de cumplirlos, nada

²⁴ J. A. Santamaría Pastor y R. Caballero Sánchez (2011), *Las técnicas de regulación para la competencia: una visión horizontal de los sectores regulados*, Iustel. En particular, en lo relativo al uso de las infraestructuras sobre las que se asientan, F. J. Villar Rojas (2005), *Las instalaciones esenciales para la competencia*, Comares.

²⁵ Con distintos enfoques, E. Arimany Lamoglia y J. A. Pérez Rivarés (2012), «Nuevo régimen del sector aeroportuario español: ¿hacia una mayor competencia entre aeropuertos?», *Revista del derecho de transporte terrestre, marítimo, aéreo y multimodal*, 9, págs. 111-136; A. González Sanfiel (2013), «Privatización del sector aeroportuario: una nueva desamortización», en *El derecho ante la crisis: nuevas reglas de juego*, págs. 191-222, Atelier; I. Fernández Torres (2015), «Competencia en el sector aéreo y aeroportuario», *Revista de Administración Pública*, 197, págs. 91-132.

dice²⁶, aunque el mandato es claro: técnicas de derecho privado, pero atendiendo a aquellos principios.

Junto a estas normas —esta es la novedad—, hay que tener en cuenta que AENA es una «entidad adjudicadora» incluida en el ámbito de aplicación subjetivo de la Directiva 2014/23/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión —en adelante, Directiva de concesiones—. En qué medida eso afecta a las determinaciones que acaban de apuntarse se estudiará enseguida; antes, conviene precisar cuáles son sus funciones como gestor de la red, de entre las varias actividades que tienen lugar en los aeropuertos.

2. LOS MEDIOS: DESAFECTACIÓN PARCIAL DEL DOMINIO PÚBLICO AEROPORTUARIO

La remisión a la legislación mercantil en materia de gestión patrimonial se entiende en el marco de privatización parcial del sector aeroportuario, que culminó en 2014 pero ya se venía contemplando desde la constitución de AENA en forma societaria. Según su exposición de motivos, el RDL 13/2010 vino a instituir un «cambio de modelo de gestión, que fomente la eficiencia a través de la apertura de la posibilidad de privatización parcial e involucración del sector privado»²⁷, con el propósito de «rentabilizar las inversiones realizadas y conseguir el máximo aprovechamiento». A tal fin, resultaba necesario dotar a la mercantil recién creada de un patrimonio atractivo para inversores y asegurarles que podrían gestionarlo con criterios empresariales.

El RDL 13/2010 hizo ambas cosas. Su art. 9 declaró la desafectación de «todos los bienes de dominio público estatal que no estén afectos a los servicios de la navegación aérea», que pasaron a tener la condición de «patrimonio aeroportuario», y ordenó transferir su titularidad a AENA. De este modo, los aeropuertos son ahora infraestructuras en parte demaniales y en parte patrimoniales, según la delimitación que para cada uno de ellos se establezca en el correspondiente Plan Director —disposición adicional 14ª de la Ley 18/2014—. Por su parte, disponer y explotar los bienes patrimoniales conforme al derecho privado exige dividirlos horizontalmente e inscribirlos en el Registro de la Propiedad, tarea que no está exenta de dificultades²⁸.

²⁶ AENA ha sido reprendida, en más de una ocasión, por incumplimiento de estos principios. Véase, por ejemplo, el informe del Tribunal de Cuentas 1.281, 28 de junio de 2018, que auditó las contrataciones realizadas en los ejercicios 2013 a 2015.

²⁷ M.ª E. de la Serna Bilbao (2015), «La desafectación del dominio público aeroportuario», en L. J. Parejo Alfonso y A. Palomar Ojeda (dirs.), *Derecho de los bienes públicos*, vol. 2, págs. 627-684, y M. M. Fernando Pablo (2019), «Bienes públicos: sector aeroportuario», *Bienes públicos*, Ratio Legis Librería Jurídica, págs. 48-54.

²⁸ Las recoge el Informe del Tribunal de Cuentas de 26 de septiembre de 2017, de fiscalización de las operaciones patrimoniales y de constitución de Aena-Aeropuertos S.A., *BOE*

3. LOS FINES: GESTIÓN Y EXPLOTACIÓN DE LA RED DE AEROPUERTOS

Esta convivencia de regímenes jurídico-patrimoniales, público y privado, enlaza con la distinta naturaleza de las actividades económicas que suceden en los aeropuertos. La liberalización del sector aeroportuario implicó que funciones que antes formaban parte inescindible del servicio público de transporte aéreo —y que, por tanto, eran realizadas directamente por los Estados, o, dicho de otro modo, constituían *giro o tráfico* público—, son ahora actividades económicas que se dejan o pueden dejarse en manos de operadores privados. El grado de intensidad con el que esto ocurre sirve para distinguir tres tipos de actividades.

En primer lugar, los servicios aeronáuticos, que son los propiamente relacionados con la navegación aérea como el control del tráfico, que continúa prestando el Estado en régimen de gestión directa a través de la entidad pública empresarial ENAIRE. Segundo, los servicios aeroportuarios no aeronáuticos como la facturación y el traslado de equipajes, la carga de combustible, el *catering*²⁹... Son los servicios de asistencia en tierra o *handling* que tienen la condición de servicios aeroportuarios básicos, pues son imprescindibles para el buen funcionamiento del transporte aéreo. En tanto gestor aeroportuario, AENA está obligada a garantizar su prestación en condiciones adecuadas de calidad, regularidad y seguridad —art. 21 de la 18/2014—, pero no a prestarlos por sí misma. En tercer lugar, encontramos los servicios comerciales, esto es, las demás actividades que se desarrollan de ordinario en los aeropuertos, pero que no son inherentes al aerotransporte.

Los servicios aeroportuarios, aeronáuticos o no, tienen en común que su retribución se hace mediante prestaciones patrimoniales de carácter público, cuyo importe se vincula al mantenimiento de la red³⁰. Por su parte, los ingre-

284, 22 de noviembre de 2017. Sobre el título apropiado para su inscripción, véase el informe «Situación jurídica de los bienes de dominio público que pasan a pertenecer a AENA S.A.» en *Anales de la Abogacía del Estado*, 2011, págs. 382-397 y la tesis doctoral de A. Alcántara Martín (2020), *Los problemas de la inscripción registral del dominio público y su solución mediante las técnicas de representación gráfica*, Universidad de Granada, disponible en abierto en <hdl.handle.net/10481/63943>. El contexto doctrinal completo en J. González García (2013), «Régimen general de enajenación de los bienes inmuebles del patrimonio del Estado», *Revista CEF-LEGAL*, 153, págs. 97-134.

²⁹ El listado completo, en al Anexo del RD 1161/1999.

³⁰ Según reiterada jurisprudencia del TJCE, la administración de infraestructuras se financia con tarifas como medio de asegurar la independencia del gestor. Son autores de referencia en estos temas E. J. Villar Rojas (2000), *Tarifas, tasas, peajes y precios administrativos*, Comares; J. Tornos Mas (2003), «La intervención pública sobre los precios de los servicios: tasas, tarifas, precios regulados y potestad de ordenación general de precios», en *Estudios de derecho público económico: libro homenaje al prof. Dr. D. Sebastián Martín Retortillo*, Civitas, págs. 649-676; y R. Navarro Gómez (2021), *Las tarifas como instrumentos de financiación de los servicios aeroportuarios en el Derecho español*, Reus.

Los «servicios» comerciales tienen naturaleza de precios privados, se contabilizan aparte y pueden destinarse a inversiones de sustitución o mejora de la infraestructura, pero la garantía del servicio no depende de ellos³¹. Lo que interesa subrayar es que AENA no los presta directamente, sino que se limita a seleccionar a los operadores que se encargarán de hacerlo. Los de servicios de *handling*, por el procedimiento regulado en su normativa específica; los comerciales, mediante contratos de arrendamiento. En esto sí hay analogía con el gestor de un centro comercial: el cometido de AENA es, simplemente, organizar y explotar los espacios disponibles, distribuyendo la ubicación de los operadores de servicios aeroportuarios o comerciales en locales o zonas delimitadas donde estos puedan desarrollar su actividad. AENA, en fin, es un instrumento de gestión patrimonial.

Esta afirmación encuentra apoyo en la jurisprudencia europea, que define la actividad del gestor como de «mera puesta a disposición de las instalaciones aeroportuarias»³². Con similar enfoque, nuestros tribunales han rechazado de manera reiterada que puedan calificarse como concesiones de servicios actividades tales como la explotación de gasolineras y el lavado de vehículos³³,

³¹ F. J. Villar Rojas (2017), «Las tarifas por la prestación de servicios públicos: ¿una categoría inconstitucional?», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 69, versión digital disponible en <laadministracionaldia.inap.es/noticia.asp?id=1507858>, señala que lo característico de las prestaciones patrimoniales de carácter público es la vinculación a la prestación del servicio, no su modo de gestión.

³² Para la STJCE de 16 de octubre de 2003, C-363/2001, *Flughafen Hannover-Langehegen GmbH contra Deutsche Lufthansa AGE*, considerando 60, el canon que abonan los operadores de servicios de *handling* constituye la contrapartida por la «puesta a disposición de las instalaciones aeroportuarias», que incluyen infraestructuras y equipo, y es incompatible con un canon de acceso al mercado que retribuya el ofrecimiento de una posibilidad de ganancia. Tampoco cabe exigir una «tasa administrativa de asistencia en tierra» por servicios que presta el propio operador: STJCE de 5 de julio de 2007, C-181/2006, *Deutsche Lufthansa AG contra Aeroportos de Portugal SA*, que insiste en la necesidad de fijar la cuantía con criterios de pertinencia, objetividad, transparencia y no discriminación, como ordena el art. 16.3 de la Directiva 96/97. La STJCE de 14 de julio de 2005, C-386/03, *Comisión contra Alemania*, prohíbe que la adjudicación de espacios se condicione a la subrogación de los trabajadores del anterior ocupante, lo que es significativo de que el gestor aeroportuario no es titular de los servicios de *handling*. La STJUE de 13 de julio de 2017, C-701/15, *Malpensa Logistica Europa SpA contra Società Esecizi Aeroportuali SpA*, descarta que se trate de concesiones o de contratos de servicios, y admite la adjudicación directa a cuando sea temporal y no conlleve remuneración.

³³ SSTS (4ª) 514/2017, de 14 de junio, RJ 2017\3297 y 519/2017, de 15 de junio, RJ 2017\3422.

el alquiler de coches³⁴, la plastificación de equipajes³⁵ o la cesión de espacios publicitarios³⁶, al no ser actividades indispensables o inherentes al servicio de aerotransporte. Los servicios de asistencia en tierra sí lo son, pero eso no cambia la naturaleza patrimonial de la relación entre el gestor aeroportuario y los prestadores. Para la STS 1025/2019, de 10 de julio, la clave está en que AENA «no transfiere un servicio propio, de su titularidad», sino solo el derecho a utilizar las instalaciones.

En resumen, desde la perspectiva del gestor, se confirman las observaciones previas: las adjudicaciones de espacios son negocios patrimoniales, de naturaleza esencialmente locativa. *Lo público* es la explotación del patrimonio aeroportuario, no el ejercicio de las actividades que se realizan en él. Ni las leyes se lo encomiendan, ni AENA ha manifestado su voluntad de asumirlas, ni cabe imputárselas implícitamente por más importancia que tengan en su cuenta de resultados, al no estar vinculadas al cumplimiento de su finalidad principal. Veamos a continuación si la Directiva de concesiones ha venido a alterar este régimen y, en tal caso, en qué medida.

IV. LOS NEGOCIOS PATRIMONIALES EN LA DIRECTIVA DE CONCESIONES

1. LA REGLA GENERAL: EXCLUSIÓN DE LAS RELACIONES LOCATIVAS, AUNQUE SE PREDETERMINE EL DESTINO DEL BIEN

En el considerando 15 de la Directiva de concesiones se afirma lo siguiente:

Tampoco deben considerarse concesiones a efectos de la presente Directiva determinados acuerdos cuyo objeto es el derecho de un operador económico a explotar determinados parajes o recursos de carácter público, con arreglo al Derecho privado o público, como es el caso de terrenos o cualquier propiedad pública, especialmente en el sector de los puertos marítimos e interiores o aeroportuario, en los que el Estado, poder adjudicador o entidad adjudicadora establece úni-

³⁴ SAN de 20 de diciembre de 2010, JUR 2011\21911, FD 4.º: «[...] no existe concesión de servicio público de clase alguna sino de una superficie del dominio público aeroportuario para el desempeño en ella de una actividad comercial por una empresa privada».

³⁵ SAN de 11/2016, de 2 de diciembre, JUR 2016\22859, FD 4.º: «[...] no es AENA Aeropuertos a quien va dirigida ni se entiende con ella el servicio de plastificación y embalaje. Tampoco se trata de un servicio que deba ser prestado por la sociedad gestora del aeropuerto».

³⁶ SSAN de 156/2021, de 5 de marzo, JUR 2021\103761 y las de la misma Sala citadas en el FD 4.º, que confirman la naturaleza patrimonial de los contratos de «cesión de superficies para la actividad publicitaria y promocional».

camente 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.

El texto transcrito contiene dos ideas nucleares, que confirman lo ya expuesto. La cesión de uso de bienes inmuebles públicos —bien se formalicen en régimen de derecho administrativo como autorizaciones/concesiones, o bien con arreglo al derecho privado mediante contratos de arrendamiento— no se considera concesión de servicios, ni siquiera cuando impliquen obligación de dedicarlos a una actividad económica determinada. El acto traslativo puede incluir condiciones generales de utilización del bien, sin que de ahí quepa inferir un interés propio de la adjudicadora en la explotación de la actividad. La enumeración que hace el considerando 15 no es exhaustiva: admite cláusulas *propter rem*, obligaciones personales y otras que se plasmen como reproducción o precisión de las que regulen la actividad económica a que está destinada el inmueble.

De este modo, la directiva ampara el mantenimiento del régimen tradicional, según se ha descrito hasta ahora. Ahora bien, toda esta construcción cede cuando se contratan «obras o servicios específicos». Es, pues, necesario indagar en el significado de este inciso.

2. LA EXCEPCIÓN SUJETA: LA PRESTACIÓN DE «SERVICIOS ESPECÍFICOS»

La directiva no define qué deba entenderse por servicios específicos. Solo vuelve a usar la expresión en el art. 19 para someter los «servicios sociales y otros servicios específicos» del Anexo IV —entre ellos, los de hostelería, restaurante y cantina— al régimen simplificado de los arts. 31.3 y 32.1, que la LCSP incorpora al tratar de los contratos de concesión de servicios especiales³⁷. En síntesis: publicidad de las licitaciones mediante anuncios de información previa, publicidad trimestral de los actos de adjudicación con información abreviada y sujeción al sistema de recursos.

Pese al silencio de la directiva en este punto, el concepto de «servicios específicos» es un viejo conocido. En nuestra legislación portuaria, lo eran los «prestados en forma de utilización de superficie, edificios y locales de cualquier clase» como

³⁷ Convocatoria de licitación mediante anuncio de información previa —art. 135.5 y DA 36^a—, pluralidad de criterios de adjudicación, que deberán garantizar la accesibilidad, calidad y continuidad de los servicios —DA 47^a—, adjudicación únicamente por el procedimiento restringido —131.2— y acceso al recurso especial para los de valor estimado superior a tres millones de euros —art. 44.1.c) —.

forma de obtener financiación adicional³⁸. En la jurisprudencia europea se trata de prestaciones asociadas a servicios de interés general —pero no imprescindibles para su desarrollo—, que satisfacen una demanda de los usuarios y reportan al operador ingresos adicionales, desvinculados de la financiación de su misión principal³⁹. Ambas definiciones se ajustan a lo que AENA llama servicios comerciales.

Lo característico de estos servicios no es quién los ofrece, sino dónde se desarrollan. Los aeropuertos —y, en general, cualquier terminal de transporte— son espacios limitados, difícilmente duplicables, con clientela cautiva... monopolios, en definitiva. Aunque la actividad del gestor consista únicamente en repartir espacios, lo cierto es que al adjudicar derechos de uso está también, en buena medida, autorizando el acceso al mercado de los servicios a prestar en ellos⁴⁰ —en la Directiva de sectores excluidos, «contratos destinados a hacer posible la prestación de una actividad»—. Así entendida, resulta irrelevante que la actividad del gestor se manifieste mediante arrendamientos, autorizaciones demaniales o cualesquiera

³⁸ Ley 1/1996, de 28 de enero, sobre régimen financiero de los puertos españoles, previsión que subsiste hoy en las leyes autonómicas. Por su parte, el art. 45 de la Ley 38/2015, de 29 de septiembre, del sector ferroviario, contempla la «prestación de servicios en instalaciones» titularidad de ADIF, bien por gestión directa o indirecta, o bien por otros explotadores mediante contratos de arrendamiento.

³⁹ STJCE de 9 de mayo de 1993, *Corbeau*, C-320/1991, cdo. 19: «[...] la exclusión de la competencia no se justifica cuando se trata de servicios específicos, dissociables del servicio de interés general, que responden a necesidades específicas de operadores económicos y que exigen determinadas prestaciones adicionales que no ofrece el servicio postal tradicional, como la recogida a domicilio, una mayor rapidez o fiabilidad en la distribución o, incluso, la posibilidad de modificar el destino durante el trayecto, y en la medida en que dichos servicios, por su naturaleza y por las condiciones en que se prestan, tales como el sector geográfico en el que se desarrollan, no ponen en peligro el equilibrio económico del servicio de interés económico general del que se hace cargo el titular del derecho exclusivo». Un primer comentario de esta sentencia en A. Jiménez Blanco-Carrillo de Albornoz (1994), «Servicio público, interés general, monopolio: recientes aportes del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (1993-1994)», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 84, págs. 589-602. J. Guillén Caramés (2014), «La liberalización de los servicios postales: a vueltas entre la regulación y el derecho de la competencia», *Anuario de la competencia*, 1, págs. 59-82, apunta (pág.91) que la clave es que las condiciones de estos servicios se negocien individualmente, esto es, que no se retribuyan con precios públicos.

⁴⁰ Este es el criterio sentado en la STJUE de 14 de julio de 2016, asunto C-67/2015, *Promoimpresa*, considerandos 40-48, a cuyo tenor las concesiones adjudicadas en el dominio público marítimo y lacustre para su explotación con fines turístico-recreativos «no se refieren a una prestación de servicios determinada por la entidad adjudicadora, sino a la autorización para ejercer una actividad económica en una zona de dominio público». «En consecuencia, esas concesiones pueden calificarse de autorizaciones en el sentido de la Directiva 2006/123, ya que constituyen actos formales, con independencia de su calificación en Derecho nacional, que los prestadores deben obtener de las autoridades nacionales para ejercer su actividad económica».

otras técnicas. Lo que preocupa al ordenamiento comunitario es que, siendo cada aeropuerto un monopolio en sí mismo —de acceso restringido por el número limitado de locales disponibles—, las decisiones del gestor se supongan un elemento distorsionador de la competencia⁴¹. Esto es lo que la Directiva de concesiones viene a resolver. Dan cuenta de ello los siguientes considerandos:

(24) Para garantizar una verdadera apertura del mercado y un justo equilibrio en la aplicación de las normas de adjudicación de concesiones en los sectores de la energía, de los transportes y de los servicios postales es necesario que las entidades a las que se apliquen se definan sin basar dicha definición en la referencia a su régimen jurídico. Por tanto, hay que velar por que no se atente contra la igualdad de trato entre las entidades adjudicadoras del sector público y del sector privado. También es necesario asegurarse de que, de conformidad con lo dispuesto en el art. 345 del TFUE, no se prejuzgue el régimen de la propiedad en los Estados miembros. Por tal motivo, deben aplicarse normas específicas y uniformes a las concesiones adjudicadas por entidades que lleven a cabo alguna de las anteriores actividades con el objeto de ejercer esas actividades, con independencia de que se trate de autoridades estatales, locales o regionales, de organismos de Derecho público, de empresas públicas o de otras entidades que gozan de derechos especiales o exclusivos. Se entenderá que las autoridades que, con arreglo al Derecho nacional, son responsables de la prestación de servicios en relación con alguna de las actividades contempladas en el anexo II ejercen esas actividades.

(25) 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.

Su lectura conjunta da contexto a lo que luego dispone el articulado. El propósito es «velar por que no se atente contra la igualdad de trato entre las entidades adjudicadoras del sector público y del sector privado» y «garantizar una verdadera apertura al mercado». Esto explica que el ámbito de aplicación se amplíe subjetivamente a las «entidades adjudicadoras» que operen en sectores excluidos, para

⁴¹ STCE 24 de octubre de 2022, *Aéroports de Paris*, C-82/01 P, considerandos 106-107: el gestor es «el único que puede conceder la autorización necesaria para realizar en ellos actividades de asistencia en tierra y establecer las condiciones de ejercicio de tales actividades», y «se encuentra en una situación de poder económico que le permite impedir que exista una competencia efectiva en el mercado, confiriéndole la posibilidad de comportarse de manera independiente». Este enfoque contrasta con el de la STS de 4 de octubre de 2005, RJ 2005/8754, FD 7.º, que rechazó anular el convenio por el que AENA había adjudicado en exclusiva a ALDEASA —otra empresa pública— la gestión de las tiendas *duty free*. El recurrente alegó que se le estaba confiriendo un monopolio, pero el TS consideró que no era así, porque «los productos que vende Aldeasa se pueden encontrar en cualquier otra tienda o almacén».

incluir a las empresas públicas o privadas a las que se hayan concedido derechos exclusivos —arts. 2.b) y 7.1.b) y .c)—, y, objetivamente, a los servicios que, aun sin estar vinculados a la actividad principal del gestor, «se consideran normales en un aeropuerto eficaz y moderno».

Bajo esta perspectiva se comprende el significado, en el considerando 15, del inciso «sin contratar servicios específicos». Los negocios patrimoniales —«acuerdos cuyo objeto es el derecho de un operador a explotar parajes o recursos de carácter público»— no varían su naturaleza porque incluyan pactos accesorios. Lo que sucede, «especialmente en el sector de los puertos marítimos e interiores o aeroportuario», es que en la medida en que esos servicios solo pueden prestarse en esas instalaciones, la competencia efectiva requiere que el acceso a las mismas se haga en unas mínimas condiciones de igualdad, publicidad, concurrencia y transparencia.

3. EL RÉGIMEN SIMPLIFICADO COMO GARANTÍA DE LA LIBERTAD DE ACCESO A LAS INSTALACIONES

En la Directiva, el régimen simplificado es garantía suficiente de dichos principios. Según el considerando 53, «la obligación de publicar un anuncio de información previa y un anuncio de concesión constituye una medida adecuada para informar a los posibles licitadores de las posibilidades que se les ofrecen, y a todas las partes interesadas del número y tipo de contratos adjudicados». Como ha señalado la doctrina, este régimen, que es el mismo en las tres directivas de contratación, es característico de las actividades que los Estados miembros son libres de asumir por sí mismos o no, y organizar mediante fórmulas no contractuales⁴². Y cabe añadir, a tenor de lo expuesto, que también es análogo al régimen establecido en la Directiva de servicios para las autorizaciones de acceso a los mercados restringidos por limitación de los espacios disponibles⁴³.

⁴² F. J. Villar Rojas (2017), «El impacto de la nueva Ley de Contratos en la gestión de los servicios públicos locales», *Anuario de Derecho municipal*, 11, págs. 75-101. También J. C. Laguna de Paz (2017), «Los contratos administrativos de concesión de servicios y de servicios a los ciudadanos», *Revista de Administración Pública*, 204, págs. 41-68; M. A. Bernal Blay (2018), «La contratación de los servicios a las personas», en *Tratado de contratos del sector público*, vol. 3, Tirant lo Blanch, págs. 2841-2874; A. Huergo Lora (2019), «La prestación de los servicios públicos locales», *Documentación Administrativa*, 6, págs. 129-148; y M. Domínguez Martín (2019), «La contratación de prestación de servicios a las personas. Repensando las formas de gestión de los servicios sanitarios tras las Directivas de contratos de 2014 y la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público», *Revista General de Derecho Administrativo*, 50.

⁴³ Al respecto, la obra colectiva dirigida por L. Arroyo Jiménez y D. Utrilla Fernández-Bermejo (2018), *La adjudicación administrativa de recursos escasos*, Tirant lo Blanch.

De esta manera se resuelve un problema clásico, el de evitar que por vía de abuso de los negocios patrimoniales se eludan las normas reguladoras de la contratación pública. Un «punto ciego» en la normativa⁴⁴ que se ha tratado de abordar *recontractualizándolos*, ya fuera queriendo ver causa negocial en simples condiciones generales de utilización de los bienes, o imputando *giro o tráfico público* a actividades comerciales que nunca han formado parte del mismo. Como queda expuesto, ambas aproximaciones son discutibles, en tanto que conducen a nuevas contradicciones.

El enfoque de la Directiva de concesiones es otro. Lo primordial no es la construcción dogmática, sino «garantizar una verdadera apertura al mercado», un mercado restringido por naturaleza. Prueba de ello es que, según el considerando 41, la directiva no se aplica, ni siquiera en su régimen simplificado y aunque medien servicios específicos, cuando la actividad de que se trate esté «directamente expuesta a la competencia en mercados sin limitaciones de acceso». Al objeto de comprobar la exposición a la competencia —que ha de ser real y efectiva—, el art. 16 remite al procedimiento establecido en los arts. 34 y 35 de la Directiva de sectores excluidos, relativo a los «contratos destinados a hacer posible la prestación de una actividad». El procedimiento culmina con acto expreso de la Comisión, declarativo de la inexistencia de barreras de entrada, *de iure* y *de facto*. Existe libertad *de iure* cuando la restricción de asignaciones se justifica por las limitaciones del espacio aeroportuario y las adjudicaciones siguen criterios objetivos, transparentes y no discriminatorios. Constatar la libertad *de facto* implica definir el mercado geográfico de referencia y evaluar la cuota de mercado de cada operador, mediante un análisis similar a los que se hacen para controlar las concentraciones empresariales. A modo de ejemplo, la Decisión de Ejecución (UE) 2017/132 de la Comisión, de 24 de enero de 2017, resolvió que no estaba sujeta a la Directiva de concesiones la adjudicación de contratos para el suministro de infraestructuras de carga en los aeropuertos austríacos. Por lo tanto, ya hay algunos antecedentes. Si se quiere escapar de la aplicación de la directiva, basta obtener esa declaración. En todo caso, la publicidad de las convocatorias, la selección mediante criterios objetivos y transparentes y la publicidad de las adjudicaciones seguirán siendo exigibles, pues son presupuestos de la libertad *de iure*.

⁴⁴ La expresión es de Huergo Lora (2019, pág. 141), pero la preocupación es común y antigua, basten las referencias a la doctrina del TACRC en el epígrafe 1. Lazo Vitoria (2009, pág. 150) cita en nota la intervención de E. Malaret García en el debate parlamentario durante la tramitación de la LCSP 2007: «[...] hemos mejorado la delimitación de los contratos patrimoniales, separándolos nítidamente de los contratos de obras públicas, para evitar que una excesiva utilización del contrato patrimonial vaya en detrimento del respeto a los procedimientos de licitación establecidos por el derecho comunitario».

4. LA TRANSPOSICIÓN AL ORDENAMIENTO INTERNO

Como quedó dicho, a tenor del considerando 15, los actos de «puesta a disposición» de las instalaciones aeroportuarias *no deben considerarse concesiones*: son negocios patrimoniales, aunque lleven consigo el deber de dedicarse a una actividad determinada. Ahora bien, si la actividad es un «servicio específico» y los espacios donde se presta son limitados, la cesión de uso del inmueble equivale a una autorización de acceso, por lo que es necesario garantizar que se otorga con arreglo a unas garantías mínimas de objetividad, publicidad y concurrencia. En la directiva, esas condiciones mínimas las da el régimen simplificado del art. 19: anuncios de información previa (art. 31.3), publicidad de las adjudicaciones (art. 32) y sujeción al régimen de recursos. Puede decirse que este es el contenido mínimo de aquellos principios, pero, más allá de estas previsiones, ni se prejuzga ni se impone un determinado procedimiento de adjudicación.

La sencillez de este planteamiento no se refleja con igual claridad en la legislación española, que ha querido readministrativizar o recontractualizar estos negocios, a los que trata como una subespecie del contrato de concesión de servicios. El resultado es confuso, y plantea algunos problemas y contradicciones que merecen destacarse.

En la LCSP, la adjudicación de contratos de concesión de servicios está reservada a los poderes adjudicadores según el art. 15, y tratándose de servicios especiales, el art. 131.2 impone su adjudicación a través del procedimiento restringido. AENA no es poder adjudicador⁴⁵, por lo que no se le aplica la LCSP sino el RDL 3/2020, con el que se transpuso al ordenamiento interno la *Directiva de sectores excluidos*. Su art. 81 admite cualquiera de los procedimientos típicos: abierto, restringido, negociado, diálogo competitivo y asociación para la innovación. Pese a la discrecionalidad en la elección, es claro que las exigencias de todos ellos exceden del régimen simplificado de la directiva. Nada impide al legislador nacional establecer una regulación más restrictiva, pero resulta legítimo preguntarse si esa ha sido la intención.

La crítica se hace visible también en el sistema de exclusiones. El RDL 3/2020 deja fuera de su ámbito de aplicación —como hace la directiva— algunos contratos, en virtud de un criterio material: bien porque no tengan por objeto un servicio propio de dichos sectores (art. 18) o bien porque, aun teniéndolo,

⁴⁵ Las entidades del sector público que no son poderes adjudicadores —AENA no aparece clasificada como tal en el Inventario de Entidades del Sector Público— se rigen exclusivamente por los arts. 321 y 322 LCSP, que contemplan la aprobación, previo informe del órgano al que corresponda el asesoramiento jurídico de la entidad, de unas instrucciones internas de contratación que deben asegurar el cumplimiento de los principios informadores: S. Díez Sastre (2011), «¿Las instrucciones internas de contratación vinculan?», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 150, págs. 361-390, y sobre su contenido mínimo, M. M. Razquin Lizárraga (2019), «Los principios de la contratación pública en la Unión Europea y en España», *Revista de Derecho Administrativo*, 18, págs. 303-321.

se acredite la competencia efectiva en su prestación —art. 17, reproduciendo el art. 16 de la Directiva de concesiones y el 34 de la de sectores excluidos—. Este dato es el que habilitaría la adjudicación puramente privada; faltando esa acreditación, el régimen simplificado se impone. Pero, en lugar de regularlo así, el RDL 3/2020 remite estos contratos excluidos a las «disposiciones pertinentes» de la LCSP, mediante un complicado juego de remisiones⁴⁶ que desembocan en la disposición adicional 8ª de la LCSP. El apartado segundo de esta disposición establece reglas para determinar cuándo es de aplicación la propia LCSP y cuándo la normativa de contratos en los sectores excluidos, reglas basadas en el criterio de la combinación —«a qué actividad se destina principalmente el contrato»—. Esto confunde al operador jurídico, que puede ver prestaciones accesorias —contratos mixtos— en lo que son meras condiciones de utilización del inmueble. Lo que resulta contradictorio con el hecho de que la entidad contratante esté obligada a garantizar la calidad, continuidad y accesibilidad de los servicios, la innovación en su prestación —disposiciones adicionales 9ª del RDL 3/2020 y 47ª—, e incluso a dar a estos criterios un peso mayoritario en la valoración de las ofertas —art. 66.4 del RDL 3/2020, párrafo segundo—. Esas garantías pueden concretarse en la exigencia de servicios mínimos, lo que *a priori* parece ajeno al contenido propio de los arrendamientos, pero no lo es.

La salida a esta falsa dicotomía, los contratos excluidos del RDL 3/2020 se adjudican por la LCSP, está en la propia LCSP. La remisión lo es también a su art. 9, que como es sabido excluye los negocios patrimoniales en dos supuestos, a los que da tratamiento diferenciado⁴⁷: contratos de explotación de bienes patrimoniales y arrendamientos de inmuebles. El primero no exige condición alguna, todos están excluidos. El segundo vuelve al criterio de la combinación al tratar el arrendamiento como un negocio jurídico coligado. Si lleva aparejada la prestación de un servicio, la exclusión solo opera cuando el valor del servicio no supera al del arrendamiento y entre ambos exista una relación de «vinculación y complementariedad» por ser necesario para «la consecución de un fin institucional propio de la entidad contratante» (art. 34.2⁴⁸).

⁴⁶ Al respecto, M. Vélez Fraga y A. M.ª Sabiote Ortiz (2021), «La contratación en los sectores excluidos o especiales: comentario al Real Decreto-Ley 3/2020, de 4 de febrero», *Anuario de Derecho Administrativo* 2021, Thomson Reuters-Civitas, págs. 755-774.

⁴⁷ La doctrina administrativa los suele tratar conjuntamente, con el resto de contratos excluidos. Un estudio particular desde el derecho civil, S. de Salas Murillo (2013), «La exclusión de los negocios jurídicos sobre bienes inmuebles de la legislación de contratos del sector público», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 739, págs. 2983-3020.

⁴⁸ Acaso por ello, los arrendamientos de AENA a menudo no recaen únicamente sobre zonas o espacios objeto de cesión. Se alquilan espacios ya habilitados para el ejercicio de la actividad de restauración —SAP Asturias de 31 de octubre de 2010—, incluyendo el mobiliario, la maquinaria y los enseres necesarios para ejercer la actividad —Res. TACRC 708/2017, de 11 de agosto y STSJ Aragón (4ª) 410/2020, de 28 de septiembre—, listos

Los apuntes que acaban de hacerse permiten concluir que, en el tema estudiado, la Directiva no ha sido adecuadamente transpuesta, y en consecuencia aplicar directamente su art. 19, que es lo bastante claro, preciso e incondicionado. En cuanto al régimen de recursos, el art. 321.5 LCSP sólo sirve para los contratos incluidos en su ámbito de aplicación; y sigue pendiente de cumplimiento el art. 21 de la *Directiva handling*, pues el RD 1161/1999 no especificó vías de recurso, ni lo han hecho las normas que le sobrevinieron. *De lege ferenda*, la reconsideración sistemática de esta materia parece aconsejable. Entretanto, la aplicación directa de la Directiva ampara los recursos contra adjudicaciones de interés transfronterizo⁴⁹ — que el TACRC viene inadmitiendo —, pero no las de importe inferior al umbral⁵⁰.

V. REFLEXIONES FINALES

Los aeropuertos solían servir de ejemplo típico de dominio público artificial: obras públicas, financiadas y gestionadas por el Estado, afectas a un servicio público que se prestaba en régimen de monopolio. Instalaciones en inicio estrictamente funcionales «y con cierta impronta militar»⁵¹, en pocas décadas han evolucionado hasta convertirse en verdaderos centros comerciales: el importante peso relativo de los ingresos por servicios no aeroportuarios⁵² y hasta la propia definición de la palabra dan cuenta de ello⁵³.

para su puesta en marcha sin necesidad de autorización administrativa previa —STSJ País Vasco 722/2002, de 19 de julio.

⁴⁹ Considerando 21, un umbral de 1.000.000 euros, como recoge el art. 1.1.a) del RDL 3/2020.

⁵⁰ La solución no necesariamente ha de ser de derecho público, como sucede en otros países, los jueces civiles podrían controlar el cumplimiento de los pliegos bajo su consideración como promesas públicas, bien es cierto que con dificultades, pues su régimen está aún por construir. Lo contempla la propuesta de anteproyecto de ley de modernización del derecho de obligaciones y contratos de la Comisión General de Codificación del Ministerio de Justicia, Sección de Derecho Civil, partiendo del art. 1274 del Código Civil. Véase M.^a T. Alonso Pérez (2018), «La promesa pública y unilateral de prestación o recompensa y la modernización del derecho de obligaciones y contratos», *Anuario de derecho civil*, 1, págs. 79-109.

⁵¹ En expresión de Esteve Pardo, 2001, pág. 74.

⁵² En tendencia creciente en los últimos años. En 2022, AENA reportó ingresos por valor de 2.418 millones de euros en el «negocio aeronáutico» y 1.244 en el «negocio comercial», más de un 30%.

⁵³ En la 19ª edición de su *Diccionario*, de 1970, la RAE definía el aeropuerto como «aeródromo dotado de instalaciones y servicios para el tráfico regular de aviones». Actualmente, en su edición digital, lo define como «área destinada al aterrizaje y despegue de aviones dotada de instalaciones para el control del tráfico aéreo y de servicios a los pasajeros».

Este proceso, que otras disciplinas denominan «gentrificación comercial del espacio público», tiene un motivo evidente: los aeropuertos concentran una gran afluencia de personas, usuarios y visitantes, consumidores potenciales. El sector privado identifica una oportunidad de negocio y pugna por instalarse allí, mientras que el sector público, el dueño de la infraestructura, ve la posibilidad de rentabilizar una inversión⁵⁴.

En este contexto, resulta lógico que la gestión aeroportuaria tienda a equipararse con la de los centros comerciales: a identidad de propósito, igualdad de técnicas. La inercia de los planteamientos antiguos y la rapidez con la que se suceden los cambios explican los conflictos, pero la tendencia es innegable. El Estado no presta los servicios, todo lo más los regula y garantiza⁵⁵. El ejercicio de las actividades propias de los aeropuertos se encomienda a los operadores privados, y al gestor le corresponde la tarea de facilitárselo, permitiéndoles el acceso a las instalaciones mediante arrendamientos u otros contratos análogos, de naturaleza esencialmente locativa: negocios patrimoniales, extramuros de las normas sobre contratación pública⁵⁶. El derecho positivo confirma esta afirmación. En su condición de gestor de la red, AENA se limita a una actividad de mera «puesta a disposición». Salvo la excepción aislada de la STS 317/2021 que motiva este trabajo, este es el criterio seguido por la jurisprudencia española y europea.

En el régimen demanial, la garantía de los principios de concurrencia, objetividad, igualdad y publicidad en la explotación de los bienes públicos la dan los procedimientos de otorgamiento de autorizaciones o concesiones. Pero con la desafectación parcial de los aeropuertos, y la remisión a técnicas de derecho

⁵⁴ Véase E. Carbonell Porras (2003), «Desmitificación, privatización y globalización de los bienes públicos: del dominio público a las obligaciones de servicio público», *Revista de Administración Pública*, 161, págs. 435-477; y A. Fernández Scagliusi (2015), *La rentabilización del dominio público en tiempos de crisis: ¿nuevas tendencias coyunturales o definitivas?*, Tecnos.

⁵⁵ Sobre esta función, su origen, alcance y límites, A. Betancor Rodríguez (2010), *Regulación, mito y derecho: desmontando el mito para controlar la intervención de los reguladores*, Civitas; J. Esteve Pardo (2012), «Origen, principios y técnicas de la regulación de sectores económicos de interés general», en M. Rebollo Puig (dir.), *La regulación económica. En especial, la regulación bancaria: actas del IX Congreso Hispano-Luso de Derecho Administrativo*, págs. 37-64; S. Muñoz Machado (2015), *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General, Tomo XIV, La actividad regulatoria de la Administración*, Boletín Oficial del Estado; I. del Guayo Castiella (2017), *Regulación*, Marcial Pons; J. Esteve Pardo (2021), *Principios de Derecho regulatorio*, Marcial Pons; F. J. Villar Rojas (2021), «La actividad administrativa regulatoria», en P. Menéndez y A. Ezquerra Huerva (dirs.), *Lecciones de derecho administrativo*, págs. 785-286.

⁵⁶ El proceso no es exclusivo de los aeropuertos. Como observa A. Ezquerra Huerva (2013), *Régimen jurídico-administrativo de las estaciones de transporte*, Thomson Reuters-Aranzadi la explotación de las mismas «acostumbran a reconducirse a fórmulas contractuales privadas» (pág. 127).

privado, aparece el problema de cómo concretarlos. El criterio de la combinación —el intento de identificar una finalidad pública que desvirtúe la naturaleza patrimonial del negocio— no sirve. La explotación inmobiliaria de locales en infraestructuras estatales siempre se ha vinculado a la prestación de servicios a los viajeros. Ni esta circunstancia, ni el hecho de que los ingresos contribuyan en mayor o menor medida a la financiación del servicio de transporte alteran el objeto principal: la cesión del uso de un inmueble a cambio de un precio. La inclusión de cláusulas accesorias no es una práctica extraña, la legitima el art. 92.7 de la LPAP para las autorizaciones, y el principio de libertad de pactos del art. 111 para los arrendamientos. En los aeropuertos, como en los centros comerciales, este tipo de cláusulas está particularmente justificado por las peculiares características del espacio arrendado y por el interés común de las partes en la gestión unitaria. La jurisprudencia reconoce ambos elementos, que ni afectan a la naturaleza patrimonial del contrato ni permiten atribuir al gestor un interés propio en el negocio del arrendatario.

La Directiva de concesiones no altera este régimen, al contrario, más bien contribuye a clarificarlo. La regla general es que sus disposiciones no se aplican a los actos de cesión de uso de bienes inmuebles —sean públicos o privados—, ni siquiera cuando predeterminen el destino de los mismos o incluyan otras obligaciones personales entre las partes. Pero introduce un matiz: se trata de garantizar que los servicios accesorios o específicos, que se dicen entregados al mercado, efectivamente se prestan en condiciones de competencia. En las infraestructuras de transporte la competencia es restringida por la limitación de espacios disponibles, no hay locales suficientes para que se instale cualquier operador que quiera hacerlo, de ahí que sea especialmente relevante garantizar que las adjudicaciones se hacen de conformidad con los principios de igualdad, publicidad, transparencia y no discriminación. El régimen simplificado de la Directiva de concesiones dota de contenido mínimo a esos principios.

En lo sustantivo, la naturaleza de los actos de adjudicación no varía. Son contratos privados, negocios patrimoniales excluidos de la legislación de contratos. La prestación de servicios no constituye en realidad propia actividad del gestor ni forma parte de su *giro o tráfico*. Su eventual tratamiento como tal solo obedece a la necesidad de garantizar que los servicios específicos se prestan en condiciones de competencia, que en los sectores excluidos es, por definición, restringida. Tema aparte es que en circunstancias imprevistas y extraordinarias como la declaración de una emergencia sanitaria, hubiera sido razonable esperar que AENA cediera en su posición dominante, rebajando las rentas sin necesidad de esperar a la intervención del legislador, como procede en cualquier otro arrendamiento o cesión, ya esté sujeta al derecho público o al privado.