



Roj: **SAN 4790/2015 - ECLI:ES:AN:2015:4790**

Id Cendoj: **28079230042015100363**

Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **4**

Fecha: **02/12/2015**

Nº de Recurso: **46/2014**

Nº de Resolución: **11/2016**

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Ponente: **MIGUEL DE LOS SANTOS GANDARILLAS MARTOS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN CUARTA

Núm. de Recurso: 0000046 / 2014

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 00532/2014

Demandante: GLOBAL PROTECTION SYSTEMS EUROPE S.L.,

Procurador: DON ANTONIO PALMA VILLALÓN

Demandado: AENA AEROPUERTOS, S.A.

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. SANTOS GANDARILLAS MARTOS

SENTENCIA Nº:

Ilma. Sra. Presidente:

D^a. MARÍA ASUNCIÓN SALVO TAMBO

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. SANTOS GANDARILLAS MARTOS

D^a. ANA MARTÍN VALERO

D. JOSÉ LUIS VICENTE ORTIZ

Madrid, a dos de diciembre de dos mil quince.

Visto por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional el presente recurso tramitado con el número 46/2014, interpuesto por GLOBAL PROTECTION SYSTEMS EUROPE S.L., representada por el procurador don Antonio Palma Villalón contra la resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales de 17 de enero de 2014, que inadmitía los recursos especiales acumulados en materia de contratación interpuestos por dicha entidad contra los pliegos del procedimiento para la contratación por la sociedad AENA AEROPUERTOS S.A. del arrendamiento de superficie para la instalación, explotación, mantenimiento, reposición y recaudación de seis (6) máquinas (dos dobles y una simple en terminal T1 y tres simples en terminal T2) de protección de equipajes por plastificación, precintado u otro sistema en el aeropuerto de Barcelona, El Prat (ref. expediente C/BCN/155/2013), y el acuerdo de adjudicación del contrato referido a favor de la mercantil SINAPSIS TRADING, S.L.U.



Ha comparecido como parte demandada AENA AEROPUERTOS S.A. representada por la procuradora Lucía Agulla Lanza.

Siendo Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. SANTOS GANDARILLAS MARTOS quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- Por GLOBAL PROTECTION SYSTEMS EUROPE S.L. (en lo sucesivo «Global») se interpuso recurso contencioso- administrativo mediante escrito presentado en fecha 3 de febrero de 2014, declarándose su admisión mediante Decreto de fecha 21 de febrero de 2014, con reclamación del expediente administrativo.

SEGUNDO .- Recibido el expediente se dio traslado a la parte recurrente para que formalizara la demanda en el plazo de veinte días, lo que hizo mediante escrito presentado el 2 de abril de 2014, en el cual, tras alegar los hechos y fundamentos oportunos, terminó suplicando que « [s]e dicte, en su día, Sentencia estimando el recurso y revocando la resolución del TACRC. »

«Global», en su escrito de demanda, invoca la plena sumisión, tanto subjetiva como objetiva, al derecho de contratación aplicable a los contratos del sector público. Afirma que AENA AEROPUERTOS S.A., como entidad perteneciente al sector público estatal y a su poder adjudicador, debe regirse por las disposiciones de la LCSE y de modo subsidiario por el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (BOE de 16 de noviembre), en lo sucesivo TRLCSP. (i) En el presente supuesto estamos ante bienes demaniales, sin que se produzca cambio de destino, lo que excluye la excepción contemplada en el artículo 9 del Real Decreto-Ley 13/2010 de 3 de diciembre, por el que se crea AENA AEROPUERTOS S.A. Por otro lado, el volumen del negocio supera con creces el 50% del importe total del negocio, lo que evidencia que no se trata de un arrendamiento en el sentido expresado por el TACRC. Lo que se desprende del pliego es que la prestación económica principal es la de servicio de plastificación de equipajes, con todas sus prestaciones accesorias de mantenimiento, reposición y recaudación y otros análogos. Por lo tanto, el arrendamiento del espacio es accesorio de la principal del servicio que se va a prestar. (ii) Considera que el TACRC ha errado en la calificación del contrato, máxime cuando la consecuencia es la pérdida del mecanismo de un control administrativo. No estamos ante un contrato administrativo de carácter especial, porque AENA AEROPUERTOS S.A. no es Administración Pública sino una entidad integrada en el sector público, y el artículo 19 del TRLCSP reserva la calificación de contratos administrativos a los que se celebren por una Administración Pública. Por el contrario, el artículo 20 reputa privados los contratos celebrados por entes, organismos y entidades del sector público que no reúnan la condición de Administración Pública. (iii) De modo subsidiario, incluso admitiendo la calificación de contrato administrativo especial, su adjudicación se debería regular por las disposiciones aplicables a la contratación pública. En concreto, atendiendo a la cuantía de 7.381.650 euros, merecería automáticamente la calificación de contrato sujeto a la regulación armonizada (SARA), de conformidad con el artículo 16 del TRLCSP, incluyéndose el contrato en el Anexo II, categoría 3ª, correspondiéndole el número de referencia de las Normas Comunitarias CPV60440000-4 Servicios aéreos y servicios conexos. La adjudicación de los contratos SARA debe someterse, de conformidad con el artículo 190.1.a), a las normas establecidas en el Capítulo I del Título I del Libro III del TRLCSP. (iv) Por último, solicita la nulidad del contrato, por todas las razones invocadas.

TERCERO .- Por AENA AEROPUERTOS S.A. se contestó a la demanda mediante escrito presentado el 29 de mayo de 2014, en el cual, tras alegar los hechos y los fundamentos jurídicos que estimó aplicables, terminó suplicando la desestimación del presente recurso.

En síntesis, niega que como sociedad mercantil creada por el Real Decreto-Ley 13/2010 de 3 de diciembre, como establece su artículo 7, está sometida al derecho privado y no dicta actos administrativos ni cabe ningún tipo de recurso administrativo contra su actividad

Se trata de un contrato para realizar una actividad comercial de plastificado de equipajes, en una zona que debe ser calificada como bien patrimonial de AENA AEROPUERTOS S.A., que de conformidad con el artículo 7 del Real Decreto-Ley 13/2010 de 3 de diciembre (BOE de 3 de diciembre) se configura como una entidad mercantil, entrando en funcionamiento por Orden FOM/1525/2011 de 7 de junio (BOE 8 de junio).

En el ámbito patrimonial está sujeto a lo establecido en el artículo 167 de la Ley 33/2003 de 3 de diciembre de Patrimonio de las Administraciones Públicas, que al no contemplar una previsión expresa en materia de explotación de bienes patrimoniales para las sociedades mercantiles estatales, hace que el arrendamiento se rija íntegramente por las normas de derecho privado.

Por el objeto del contrato, ha sido excluido de la Ley 31/2007 de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación de los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, lo que exige determinar si era aplicable el TRLCSP, expresamente excluidos de acuerdo con el artículo 4.1.p)



Añade que no es de aplicación la LCSP ya que el servicio de plastificación de equipajes no es un servicio reservado a las Administraciones Públicas, sino que se desarrolla plenamente por el sector privado, por lo que no puede ser considerado como un contrato de gestión de servicios públicos. Se trata de un supuesto análogo al resuelto por el Tribunal Supremo en su sentencia de 4 de octubre de 2005 (casación 6262/11).

Debemos recordar que de conformidad con el pliego de condiciones, que se erige en ley del contrato entre las partes, se califica como un arrendamiento de superficie para instalar las máquinas de plastificado, y se arrienda una superficie para poder desarrollar una actividad mercantil y otros productos complementarios para el viaje.

De aceptarse los postulados de la actora, no procedería la nulidad de los contratos, sino la retroacción de las actuaciones a fin de que el TARCR se pronunciara sobre el fondo del recurso formulado.

CUARTO .- Acordado el recibimiento del pleito a prueba y practicada la propuesta y admitida, se declararon concluidas las actuaciones, señalándose para votación y fallo el día 25 de noviembre de 2015, en el que se deliberó y votó, habiéndose observado en la tramitación las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- La entidad «Global» interpone recurso contencioso-administrativo contra la resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en lo sucesivo TACRC) de 17 de enero de 2014, que inadmitía los recursos especiales acumulados en materia de contratación interpuesto por dicha entidad, contra los pliegos del procedimiento para la contratación por la sociedad AENA AEROPUERTOS S.A. del arrendamiento de superficie para la instalación, explotación, mantenimiento, reposición y recaudación de seis (6) máquinas (dos dobles y una simple en terminal T1 y tres simples en terminal T2) de protección de equipajes por plastificación, precintado u otro sistema en el aeropuerto de Barcelona, El Prat (ref. expediente C/BCN/155/2013), y el acuerdo de adjudicación del contrato referido a favor de la mercantil SINAPSIS TRADING, S.L.U.

La entidad AENA AEROPUERTOS S.A. convocó, mediante anuncio publicado en su página web el 2 de octubre de 2013, la licitación para adjudicar el contrato descrito. A la licitación concurrieron la actora y la mercantil SINAPSIS TRADING S.L.U.

«Global» recurrió los pliegos que calificaron el contrato como privado de arrendamiento. La tramitación del concurso continuó sin la adopción de medidas cautelares, adjudicándose a favor de SINAPSIS TRADING S.L.U. mediante acuerdo publicado en la web el 2 de diciembre de 2013; frente a este acuerdo también se interpuso recurso ante el TACRC que fue acumulado al anterior.

La principal cuestión abordada por el TACRC y en la que se centra su resolución es la determinación de la naturaleza del contrato, lo que afectaría a la propia competencia del órgano de revisión contractual para el conocimiento del recurso especial. Para AENA se trataba de un contrato de arrendamiento privado cuyo objeto era el arrendamiento de una superficie para la prestación de una determinada actividad dirigida al público que concurre al aeropuerto, sin perjuicio de la posibilidad que tenía la arrendadora de fijar la actividad comercial a desarrollar en esa superficie cedida, en el ejercicio de la competencia que le corresponde de ordenar los espacios físicos aeroportuarios. Para «Global», la cesión de la superficie no es lo fundamental del contrato, se trata de un contrato administrativo de noviembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

El TACRC reconoce que se trata de una cuestión no del todo clara ni pacífica. Sin embargo, tras el análisis del contenido de los pliegos y el informe del órgano de contratación, hace varias consideraciones a través del descarte de diferentes formas arrendaticias que pasamos a resumir.

Rechaza que se trate de un contrato de arrendamiento de superficie de carácter privado, puesto que lo determinante no es la sola cesión de un determinado espacio sino lo que allí tiene lugar y la actividad que se lleva a cabo. Por ello, lo encuadra dentro de los contratos administrativos. Realizada esta primera aproximación, rechaza que se trate de un contrato de gestión de servicios públicos, puesto que el prestado por «Global» no constituye uno de los que forma parte la actividad esencial que desarrolla la Administración Pública encargada de la gestión aeroportuaria. También descarta que se trate de un contrato de servicios, ya que la Administración contratante no es la destinataria directa del servicio de protección de embalajes que realiza la empresa adjudicataria, sino que lo son los usuarios del transporte aéreo.

Tras este análisis, lo encuadrado dentro de los llamados contratos administrativos especiales a los que se refiere el artículo 19.1.b) del TRLCSP « [T]endrán carácter administrativo los contratos siguientes, siempre que se celebren por una Administración Pública: b) Los contratos de objeto distinto a los anteriormente expresados, pero que tengan 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, siempre que no tengan expresamente atribuido el carácter de contratos privados conforme al párrafo segundo del artículo 20.1, o por declararlo así una Ley .». Este tipo de contrato no venía definido en la Ley 30/2007, de 30 de octubre de Contratos del Sector Público (BOE de 31 de octubre).

Finalmente llega a la conclusión que « [e]ntre las dos opciones que se suscitarían dudas son las dos siguientes:

i) Calificación como contrato privado de arrendamiento (no nos detendremos a analizar, puesto que no tiene la relevancia a los efectos que nos ocupan, la concreta modalidad de contrato de arrendamiento que revestiría el mismo, o la concreta normativa que resultaría aplicable, en el ámbito del Derecho Privado).

ii) Calificación como contrato administrativo, en cuyo caso únicamente podría tratarse de un contrato administrativo especial regido por el TRLCSP, quedando descartada tanto su conceptualización como contrato de servicios (entendiendo la categoría en sentido estricto), como contrato de gestión de servicios públicos.

Pues bien teniendo en cuenta que en cualquiera de los dos casos -ya se trate de un contrato privado de arrendamiento, ya de un contrato administrativo especial- el contrato quedaría excluido del ámbito de conocimiento de este Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, que queda ceñido a los contratos típicos de obra, suministros y servicios, en los términos previstos en el TRLCSP -y en su caso, en la LCSE-, los anteriores razonamientos nos llevan (...) inadmitir los recursos examinados.[...]».

SEGUNDO .- No está de más que comencemos la resolución del presente litigio haciendo un somero repaso de qué es AENA AEROPUERTOS S.A. y su razón de ser, tal y como ha sido trazada por el Legislador.

Hemos asistido a un paulatino e intenso proceso de cambio en el sector aeroportuario en España, caracterizado por la separación de las funciones de la gestión aeroportuaria de la navegación aérea. Este proceso se inició con una reforma estructural por la Ley 9/2010, de 14 de abril, por la que se regula la prestación de servicios de tránsito aéreo y se establecen las obligaciones de los proveedores civiles de dichos servicios, fijándose determinadas condiciones laborales para los controladores de tránsito aéreo (BOE de 15 de abril), en la que se identificó de manera separada a los gestores aeroportuarios de los proveedores de servicios de navegación aérea, abriendo las puertas a otros proveedores civiles distintos de AENA, en una forma de liberalización del servicio.

El proceso se completa con la publicación del Real Decreto-ley 13/2010, de 3 de diciembre, de actuaciones en el ámbito fiscal, laboral y liberalizadoras para fomentar la inversión y la creación de empleo (BOE de 3 de diciembre), que prevé la creación de AENA AEROPUERTOS S.A., entidad a quien se transferiría la titularidad de la red de aeropuertos de AENA para su gestión y explotación. El artículo 7 del RDL 13/2010, habilitaba al Consejo de Ministros para que, antes del 28 de febrero de 2011, procediera a la constitución de AENA AEROPUERTOS S.A., lo que tuvo lugar con el Acuerdo del Consejo de Ministros de 25 de febrero de 2011, autorizando la constitución de la sociedad según lo previsto en el artículo 166 de la Ley 33/2003 de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas (BOE de 4 de noviembre).

El artículo 9.1 y 2 del RDL 13/2010 recoge, en relación con el patrimonio aeroportuario, que cualquier bien de dominio público estatal adscrito a AENA que no estuviera afecto a los servicios de navegación aérea dejará de tener naturaleza de bien de dominio público, refiriéndose esencialmente a los bienes inmuebles incluidos en los recintos aeroportuarios. La transformación de los inmuebles incluidos en los recintos aeroportuarios de bienes demaniales a patrimoniales supuso, de conformidad con el apartado 4 de la disposición transitoria tercera del Real Decreto-Ley, la conversión de las concesiones demaniales en contratos de arrendamiento. Añade su apartado 3 que « *El patrimonio de los aeropuertos gestionados por sociedades concesionarias o sociedades filiales se mantendrá en todo caso bajo la titularidad de la sociedad AENA AEROPUERTOS S.A., ostentando dichas sociedades las facultades necesarias para su administración, promoción, gestión y explotación, entre las que se incluirá la posibilidad de formalizar con terceros los correspondientes contratos para su utilización y aprovechamiento* ». En el artículo 11, se puntualiza que « *1. Para la adjudicación de los contratos de concesión de servicios aeroportuarios a los que se refiere el apartado 1.a) del artículo anterior, Aena Aeropuertos S.A. se ajustará a los procedimientos de licitación pública establecidos en la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales.* »

En cuanto a su naturaleza y personalidad jurídica, el artículo 8 del RDL, se consagra el régimen mercantil de la nueva sociedad a excepción de la materia presupuestaria, patrimonial, contable y de control financiero, y de la aplicación del régimen de contratación previsto para la entidad pública empresarial AENA, refiriéndose exclusivamente a los « *procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales* », en lo que sea de aplicación la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales (BOE de 31 de octubre). En este mismo sentido, el artículo 11.1 puntualiza que « *Para la adjudicación de los contratos*



de concesión de servicios aeroportuarios a los que se refiere el apartado 1.a) del artículo anterior, «Aena Aeropuertos S.A.» se ajustará a los procedimientos de licitación pública establecidos en la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales.»

Lo que se pretende es una clara apertura a la privatización y a la entrada de capital privado, y ejemplo de ello es la previsión del artículo 10 del RDL 13/2010, que posibilita la explotación individualizada de aeropuertos mediante un contrato de concesión de servicios aeroportuarios, en el que el concesionario asuma la gestión del aeropuerto a su propio riesgo y ventura, o mediante la creación, por acuerdo del Consejo de Ministros, de sociedades filiales a las que se les aplicará el mismo régimen jurídico previsto para AENA AEROPUERTOS S.A. En esta línea se crearon, en julio de 2011, dos sociedades filiales, la Concesionaria del aeropuerto de Barcelona-el Prat, S.A. y Concesionaria del aeropuerto de Madrid-Barajas, S.A., separando la gestión de los dos aeropuertos.

Podemos concluir los siguientes extremos:

- a) Se separa la gestión aeroportuaria de la navegación aérea.
- b) Se inicia un proceso de privatización de la gestión, sometida sustancialmente al derecho privado.
- c) Se acomete un proceso de patrimonialización de bienes demaniales, cuando su destino no está directa y exclusivamente vinculado a la navegación aérea.

En este contexto debemos analizar si el contrato objeto del presente litigio está o no sujeto a la disciplina y control del TACRC.

TERCERO .- Tenemos presente que hace escaso tiempo nos pronunciamos sobre una cuestión muy parecida en la sentencia de esta misma Sección de 4 de mayo de 2015 (recurso 388/13 FJ 6º), en la que se planteaba si era susceptible de recurso especial en materia de contratación, y por lo tanto competencia del TACRC, la adjudicación del contrato de servicios para el control de la fauna en el aeropuerto de Ibiza.

Es esa ocasión dimos una respuesta positiva, con los argumentos que pasamos a transcribir literalmente, en su parte más relevante:

« Ley 48/1998, de 30 de diciembre sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y las telecomunicaciones por la que se incorporan al ordenamiento jurídico español las Directivas 93/38/CE y 92/13/CE, regulaba en su Disposición Adicional Cuarta el régimen del organismo público Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea, estableciendo en su apartado 1º que "El Organismo público Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea (AENA), en lo no previsto en la presente Ley, ajustará su régimen de contratación al derecho privado".

La Ley 31/2007 de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, en su Disposición Derogatoria Única declara expresamente vigente esta Disposición.

El Real Decreto-Ley 13/2010, de 3 de diciembre, modifica la gestión aeroportuaria, de forma que las competencias sobre navegación aérea permanecen en manos de la Entidad Pública Empresarial AENA, mientras que la gestión de la actividad aeroportuaria, entre ella las instalaciones, como es el caso, será llevada a cabo por Aena Aeropuertos S.A.

El artículo 8, sobre régimen jurídico de « Aena Aeropuertos S.A.», determina, entre otros aspectos, su régimen de contratación, estableciendo que se aplicará la normativa mercantil con las siguientes especialidades: "a) Aplicará el mismo régimen de contratación previsto para la entidad pública empresarial AENA, teniendo la consideración entre sí y con respecto a la Administración General del Estado de empresas asociadas a los efectos de la Ley 31/2007, de 30 de octubre sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales".

Ahora bien, tras la aprobación del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, su Disposición Adicional 8ª, apartado 2º establece que: "La celebración por los entes, organismos y entidades del sector público que no tengan el carácter de Administraciones Públicas de contratos comprendidos en la Ley 31/2007, de 30 de octubre se regirá por esta norma, salvo que una Ley sujete estos contratos al régimen previsto en la presente Ley para las Administraciones Públicas, en cuyo caso se les aplicarán también las normas previstas para los contratos sujetos a regulación armonizada. Los contratos excluidos de la aplicación de la Ley 31/2007, de 30 de octubre, que se celebren en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales por los entes, organismos y entidades mencionados, se regirán por las disposiciones pertinentes de la presente Ley, sin que les sean aplicables, en



ningún caso, las normas que en ésta se establecen exclusivamente para los contratos sujetos a regulación armonizada".

Por tanto, es preciso determinar si el contrato que nos ocupa está sometido o no a la Ley 31/2007. Y a estos efectos, el artículo 16 a) establece que "La presente ley se aplicará a los contratos cuyo valor estimado, excluido el Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA), sea igual o superior a los siguientes límites: a) 400.000 euros en los contratos de suministro y servicios".

(...)

procede examinar si el acuerdo de adjudicación de dicho contrato es susceptible de recurso especial en materia de contratación. El artículo 40.1 b) TRLCSP dispone que "Serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación previo a la interposición del contencioso-administrativo, los actos relacionados en el apartado 2 de este mismo artículo (entre los que se encuentran los acuerdos de adjudicación), cuando se refieran a los siguientes tipos de contratos que pretendan concertar las Administraciones Públicas y las entidades que ostenten la condición de poderes adjudicadores: (...) b) Contratos de servicios comprendidos en las categorías 17 a 27 del Anexo II de esta Ley cuyo valor estimado sea igual o superior a 200.000 euros".

Tratándose el contrato que nos ocupa de un contrato de servicios comprendido en la categoría 27 "Otros servicios" del Anexo II de la Ley y con valor estimado superior a 200.000 euros, lo que no se discute, hemos de concluir que es susceptible de recurso especial en materia de contratación, siendo, por tanto, el TARCR competente para resolver dicho recurso .».

Anticipamos que la resolución en el presente caso no va a ser la misma, sin que ello suponga contradicción alguna o cambio de criterio por parte de esta Sala, como explicaremos a continuación. El supuesto contractual examinado en aquel recurso frente al que es objeto del presente litigio, aunque con ciertos parecidos, no tiene la misma naturaleza y alcance. Vamos a destacar determinadas diferencias que justifican, en el presente litigio, que confirmemos el criterio del TARCR, que no se consideró competente al no estar sujeto el procedimiento de adjudicación al procedimiento especial.

CUARTO .- Abordaremos la controversia de una manera global, dentro del marco dialéctico delimitado por las pretensiones de las partes y dando respuesta a las alegaciones sustanciales en los términos admitidos por las sentencias del Tribunal Constitucional 26/1997, FJ 4º; 101/1998, FJ 2º; y 132/1999, FJ 4º, pues todos los argumentos descritos en el antecedente segundo, sustentan la nulidad de la resolución del TARCR bajo la premisa de que la adjudicación del contrato debe someterse al control de aquel tribunal, tanto subjetiva como objetivamente; de no ser así, permitiría que la potestad de contratación de AENA AEROPUERTOS S.A. se mantuviera ajena al control del derecho administrativo.

El TARCR, concluyó que no era competente al calificar el contrato en cuestión de contrato administrativo de carácter especial, materia que no está reservada al recurso especial.

Seguiremos los razonamientos en los términos formulados por la actora, analizando la competencia del TARCR tanto desde el punto de vista subjetivo como desde el objetivo, no sin antes lamentar la falta de claridad legislativa sobre la materia, no exenta de lagunas que solo generan dudas interpretativas, incrementa la dificultad en la aplicación de la norma, al mismo tiempo que favorece y facilita el desacierto y error de todos los operadores jurídicos.

En cuanto a la eventual sujeción de AENA AEROPUERTOS S.A. al RDL 3/2011, a tenor de lo dispuesto en su artículo 3.1, parece que esta entidad sí forma parte del llamado sector público, tanto por su inclusión en el apartado c): « Los organismos autónomos, las entidades públicas empresariales, las Universidades Públicas, las Agencias Estatales y cualesquiera entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas a un sujeto que pertenezca al sector público o dependientes del mismo, incluyendo aquellas que, con independencia funcional o con una especial autonomía reconocida por la Ley, tengan atribuidas funciones de regulación o control de carácter externo sobre un determinado sector o actividad .», como por el apartado d): « Las sociedades mercantiles en cuyo capital social la participación, directa o indirecta, de entidades de las mencionadas en las letras a) a f) del presente apartado sea superior al 50 por 100 .».

Ahora bien, el que como entidad pública empresarial pueda ser incluida dentro del ámbito subjetivo del RDL, no significa que todo procedimiento contractual promovido por AENA AEROPUERTOS S.A. sea susceptible de impugnarse a través del procedimiento especial ante el TARCR. Son susceptibles de recurso especial, los actos de los que trata el apartado 2 del artículo 40 del RDL, cuando se refieran a contratos subvencionados recogidos en el artículo 17, y a los: « a) Contratos de obras, concesión de obras públicas, de suministro, de servicios, de colaboración entre el Sector Público y el Sector Privado y acuerdos marco, sujetos a regulación armonizada.



- b) *Contratos de servicios comprendidos en las categorías 17 a 27 del Anexo II de esta Ley cuyo valor estimado sea igual o superior a 207.000 euros y*
- c) *Contratos de gestión de servicios públicos en los que el presupuesto de gastos de primer establecimiento, excluido el importe del Impuesto sobre el Valor Añadido, sea superior a 500.000 euros y el plazo de duración superior a cinco años .».*

En cuanto al marco objetivo queda fuera de toda discusión, puesto que todos parece estar conformes, que el objeto del presente recurso pudiera calificarse como contratos de obras, concesión de obras públicas, de suministro, de servicios, de colaboración entre el Sector Público y el Sector Privado, o acuerdos marco. Las dudas se circunscriben a su eventual inclusión como contrato de servicios recogidos en el apartado b): al superar la cuantía de los 207.000 euros (el importe era de 7.381.650 euros) y la posibilidad de encajar el plastificado de equipajes en el cajón de sastre de «otros servicios» de la categoría 27 del Anexo II. También, y así lo reclama la «Global» en su escrito de demanda, su automática inclusión en la regulación armonizada que para el contrato de servicios contempla el artículo 16 del RDL, determinaría la competencia del TARCR por el apartado a) del artículo 40.

La cuestión no es tan sencilla al acudir a la disposición Adicional 8ª, apartado 2 del RDL, que establece: *«La celebración por los entes, organismos y entidades del sector público que no tengan el carácter de Administraciones Públicas de contratos comprendidos en la Ley 31/2007, de 30 de octubre se regirá por esta norma, salvo que una Ley sujete estos contratos al régimen previsto en la presente Ley para las Administraciones Públicas, en cuyo caso se les aplicarán también las normas previstas para los contratos sujetos a regulación armonizada. Los contratos excluidos de la aplicación de la Ley 31/2007, de 30 de octubre, que se celebren en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales por los entes, organismos y entidades mencionados, se regirán por las disposiciones pertinentes de la presente Ley, sin que les sean aplicables, en ningún caso, las normas que en ésta se establecen exclusivamente para los contratos sujetos a regulación armonizada. ».* De esta redacción parece desprenderse que AENA AEROPUERTOS S.A. encajaría en aquellos organismos que si bien pertenecen al sector público de conformidad con el artículo 3 del RDL ya examinado, no actúa en ese sector como Administración Pública, ya que se trata de una sociedad mercantil la que le son ajenas las potestades propias de la Administración Pública.

La redacción parece conducirnos a un bucle o razonamiento circular, ya que la aplicación del régimen jurídico del RDL, y por ende la sujeción al recurso especial, estará determinada por la efectiva sujeción del tipo de contrato celebrado al RDL, desde el punto de vista material y objetivo, y no por la naturaleza jurídica de la entidad lo adjudica. Es decir, no basta el concurso del requisito subjetivo como podría desprenderse del artículo 3, se precisa además, que el contrato en cuestión, objetivamente, sea de aquellos susceptibles de ser recurrido por el procedimiento especial. Por lo tanto, el argumento de la actora respecto a la naturaleza de AENA AEROPUERTOS S.A. como entidad perteneciente al sector público para someter la adjudicación del contrato al control del TARCR, no constituye condición suficiente.

Llegados a este punto y apartándonos de lo dicho en nuestra sentencia de 4 de mayo de 2015 (recurso 388/13), el análisis de las condiciones concretas del contrato de arrendamiento de superficie para la instalación, explotación, mantenimiento, reposición y recaudación de seis (6) máquinas (dos dobles y una simple en terminal T1 y tres simples en terminal T2) de protección de equipajes por plastificación, precintado u otro sistema en el aeropuerto de Barcelona (El Prat), no lleva a confirmar que no puede ser objeto del procedimiento especial del artículo 40. Lo que marca la diferencia con el anterior pronunciamiento de esta Sala es el destinatario del servicio. Aquí se da la relevante circunstancia de no es AENA AEROPUERTOS S.A. 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. De hecho, no se presta en todos los espacios y aeropuertos gestionados por esta entidad, o por lo menos no existe precepto o reglamento que indique lo contrario. Son los particulares, los viajeros o usuarios de las instalaciones aeroportuarias, quienes libremente pueden o no utilizarlos, tratándose de una prestación que da la empresa adjudicataria al cliente que así lo solicite. No es AENA AEROPUERTOS S.A. ni la receptora ni la destinataria; en definitiva, no se trata de un servicio que debiera ser prestado por la mercantil, que se presta indirectamente por otra sociedad, ni la propia entidad que lo adjudica la destinataria del servicio prestado. Luego estaríamos dentro del ámbito objetivo del artículo 40 a) o b) si el destinatario del servicio fuera la propia entidad o sociedad mercantil, circunstancia que no tiene lugar en el supuesto enjuiciado.

Por todo ello, no vamos a entrar en determinar y decir cuál es la naturaleza, si contrato administrativo especial como hizo el TARCR, o privado como pretendió desde un principio AENA AEROPUERTOS S.A., simplemente nos limitamos a constar que el enjuiciado no es, por los motivos expresados, de aquellos sujetos al procedimiento especial, por ello coincidimos con la decisión del órgano de la Administración que se declaró incompetente para conocer del recurso en materia contractual.



Por último y aunque no existe ningún pronunciamiento en la jurisprudencia sobre este mismo supuesto, si existen evidente analogías con el abordado por el Tribunal Supremo en su sentencia de 4 de octubre de 2005 (casación 6262/01). Allí se analizaba la revisión de nulidad de pleno derecho contrato y concesión de dominio público aeroportuario, para la instalación de tiendas libres de impuestos, formalizado entre el AENA y ALDEASA, bajo el régimen jurídico de la Ley 13/95 de Contratos de las Administraciones Públicas. Se confirmó que « [e]l convenio o contrato celebrado entre el Ente Público AENA y la entidad Aldeasa, no reúne las condiciones o requisitos exigidos por el artículo 5.2.b), citado, para que pueda ser calificado como contrato, de naturaleza administrativa especial, ya que la instalación de unas tiendas en los recintos de los aeropuertos, ni está vinculado al giro o tráfico específico de la Administración ni están dirigidos a satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública, como conjuntamente y a la vez exige el precepto (...)no era aplicable al supuesto de autos la Ley 13/95 de Contratos de las Administraciones públicas, ni por tanto los artículos que el recurrente invoca, tanto porque dada la naturaleza del convenio que se refiere a la utilización privativa de un bien demanial-aeropuertos-para instalar diversas tiendas de venta de artículos ,no está incluido en las previsiones de la Ley 13/95 (FFJJ 4º y 5º) [...] ».

QUINTO .- De los anteriores razonamientos se desprende que el presente recurso debe ser íntegramente desestimado. Sin embargo, vistas la particularidades del supuesto enjuiciado y la dificultad, reconocida por la propia resolución impugnada de efectuar una correcta calificación del contrato y su naturaleza jurídica, no procede hacer pronunciamiento en costas al amparo del artículo 139 de la Ley de esta jurisdicción , debiendo soportar cada parte las causadas a su instancia.

VISTOS los preceptos constitucionales y legales citados y los demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

Que debemos desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por GLOBAL PROTECTION SYSTEMS EUROPE S.L., contra la resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales de 17 de enero de 2014, que confirmamos íntegramente, sin condena en costas.

Así por ésta nuestra sentencia, que se notificará haciendo constar que contra la misma cabe recurso ordinario de casación, siguiendo las indicaciones prescritas en el artículo 248 de la Ley Orgánica 6/1985 , y testimonio de la cual será remitido en su momento a la oficina de origen a los efectos legales junto con el expediente, en su caso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- En el día mismo de su fecha, fue leída y publicada la anterior Sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente, hallándose constituida en Audiencia Pública, de la que yo, el Secretario, doy fe.