



Roj: **SAN 876/2022 - ECLI:ES:AN:2022:876**

Id Cendoj: **28079230082022100100**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **8**

Fecha: **21/02/2022**

Nº de Recurso: **119/2020**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **ANA ISABEL GOMEZ GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN OCTAVA

Núm. de Recurso: 0000119 /2020

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 01515/2020

Demandante: AENA, S.M.E., SA

Procurador: D. RAMÓN RODRÍGUEZ NOGUEIRA

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

Codemandado: ASOCIACIÓN DE LÍNEAS AÉREAS

Abogado Del Estado

Ponente Ilma. Sra.: D^a. ANA ISABEL GÓMEZ GARCÍA

SENTENCIA N^o:

Ilmo. Sr. Presidente:

D. FERNANDO LUIS RUIZ PIÑEIRO

Ilmos. Sres. Magistrados:

D^a. MERCEDES PEDRAZ CALVO

D. SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO

D^a. ANA ISABEL GÓMEZ GARCÍA

D. EUGENIO FRIAS MARTINEZ

Madrid, a veintiuno de febrero de dos mil veintidós.

Visto el recurso contencioso administrativo nº **119/20**, interpuesto ante esta Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, por el Procurador **D. Ramón Rodríguez Nogueira**, en nombre y representación de **AENA, S.M.E., SA**, contra Resolución de la COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA, de fecha 11 de diciembre de 2019, en materia de tarifas aeroportuarias para el ejercicio 2020. La Administración demandada ha estado dirigida y representada por el Abogado del Estado.

Se ha personado, como parte **codemandada**, la **ASOCIACIÓN DE LÍNEAS AÉREAS**, representada por la Procuradora **D^a Cristina Gramage López**.

Ha sido Ponente la Ilma. Sra. **D^a. Ana Isabel Gómez García**, Magistrada de la Sección.



AN TECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: El presente recurso contencioso-administrativo se interpuso por la representación procesal de AENA, SME, SA, contra la resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, de fecha 11 de diciembre de 2019, por la que se resuelven los conflictos acumulados presentados por ALA, IATA, ACETA y Norwegian Air Shuttle ASA contra el Acuerdo del Consejo de Administración de AENA S.M.E., S.A. de fecha 30 de julio de 2019 en el que se fijan las tarifas aeroportuarias para 2020.

SEGUNDO: Presentado el recurso, se reclamó el expediente administrativo y se dio traslado de todo ello al actor para que formalizara la demanda, el cual expuso los hechos, invocó los fundamentos de Derecho y terminó por suplicar que, previos los trámites legales pertinentes, se dicte sentencia por la que acuerde estimar el presente recurso y, en consecuencia:

"(a) Anule parcialmente la Resolución de la Sala de Supervisión regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 11 de diciembre de 2019 "de los conflictos acumulados presentados por ALA, IATA, ACETA y NORWEGIAN contra el Acuerdo del Consejo de Administración de AENA, S.M.E., S.A. de fecha 30 de julio de 2019 en el que se fijan las tarifas aeroportuarias para el ejercicio 2019" -Expte. CFT/DTSP/086/19-

(b) Declare que los criterios de determinación del IMAAJ, son aquellos que se corresponden con lo establecido en esta demanda y, en concreto, la variable QT incluida en el Parámetro K del IMAAJ se corresponde con las "estimaciones o previsiones de tráfico de pasajeros esperado" previstos en el DORA para el año correspondiente del quinquenio, de acuerdo con lo previsto en los artículos 24, 29, 32.3 y el Anexo IX de la Ley 18/2014.

Todo ello con expresa condena en costas a la Administración demandada."

TERCERO: Formalizada la demanda se dio traslado al Abogado del Estado para que la contestara, el cual expuso los hechos y fundamentos de Derecho y suplicó se dicte sentencia por la que desestime la demanda, confirmando íntegramente la resolución impugnada, con expresa imposición de costas a la recurrente.

CUARTO: La codemandada ASOCIACIÓN DE LÍNEAS AÉREAS (ALA), manifestó su adhesión a la contestación a la demanda presentada por el Abogado del estado, en representación de la CNMC, y suplicó se dicte sentencia desestimando íntegramente el recurso contencioso-administrativo, con expresa imposición de costas.

QUINTO: Habiendo sido solicitado el recibimiento a prueba del procedimiento, se practicó la propuesta, con el resultado que obra en la causa, y, evacuado el trámite de conclusiones, quedaron los autos conclusos, señalándose para votación y fallo el día 16 de febrero del año en curso, en que se votó y falló.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Se dirige el presente recurso contra la citada resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, de fecha 11 de diciembre de 2019, por la que se resuelven los conflictos acumulados presentados por ALA, IATA, ACETA y Norwegian Air Shuttle ASA contra el Acuerdo del Consejo de Administración de Aena S.M.E., S.A. de fecha 30 de julio de 2019 en el que se fijan las tarifas aeroportuarias para 2020; se estima en parte el conflicto y se declara que a efectos de la determinación de las tarifas aeroportuarias de Aena S.M.E., S.A. en el ejercicio 2020:

- Para la determinación del Índice P debe considerarse un valor de 0,8%.

- Para el cálculo del IMAAJ de la actualización de las tarifas aeroportuarias de 2020 debe utilizarse como parámetro Qt aplicable en la fórmula del factor K, un tráfico de pasajeros para 2020 de 281,4 millones.

- La modificación tarifaria que habrá de sustituir al contenido del Acuerdo del Consejo de Administración de Aena será la que resulte de la aplicación de la variación tarifaria por prestación corregida contenida en el apartado V.3 de la Resolución de supervisión de las tarifas aeroportuarias aplicables por AENA, S.M.E., S.A. en el ejercicio 2020, aprobada el 11 de diciembre de 2019, según resulta de lo establecido en su Resuelve Quinto.

Son antecedentes relevantes de la resolución recurrida los siguientes:

- El Acuerdo del Consejo de Administración de Aena, de fecha 30 de julio de 2019, recoge una disminución del -1,17% de ingreso máximo anual ajustado por pasajero (IMAAJ) para 2020 respecto del IMAAJ de 2019 (10,42 euros por pasajero), como consecuencia de la aplicación de los ajustes que establece el DORA en relación al incentivo por el desempeño en los niveles de calidad, la estructura del tráfico correspondiente al cierre del ejercicio 2018 y el efecto del índice P, todo ello conforme a los datos presentados por Aena durante el procedimiento de consultas llevado a cabo en 2019 en cumplimiento de lo previsto en el artículo 34 de la Ley 18/2014.

En lo que se refiere al índice P, Aena comunicó durante el procedimiento de consultas que el valor del índice P resultante de aplicar la fórmula establecida en el Real Decreto 162/2019, de 22 de marzo, por el que se desarrolla el índice de actualización de las tarifas aeroportuarias de Aena y se modifica el Real Decreto 55/2017, de 3 de febrero, por el que se desarrolla la Ley 2/2015, de desindexación de la economía española, ascendía a la cantidad de 0,98%. No obstante, adicionalmente, Aena solicitó a la CNMC la aplicación de la excepción prevista en el artículo 2.2.f) de dicho Real Decreto 162/2019 respecto a los índices de referencia para los valores correspondientes a Seguridad y a Limpieza y recogida de carros portaequipajes, con lo que el valor del índice P sería de 1,44%, y de un 1% como valor final propuesto por aplicación del límite dispuesto en la disposición transitoria sexta.2 de la Ley 18/2014.

- En su escrito de presentación de conflicto, ALA manifiesta su disconformidad con el cálculo del índice P realizado por Aena y, consiguientemente, con una variación tarifaria 2020 de -1,17% resultante de la aplicación del mismo por considerarlo contrario a derecho. Asimismo, solicita a la CNMC revisar la previsión de tráfico utilizada por Aena para el cálculo de la actualización tarifaria al estimar que el gestor aeroportuario realiza una previsión excesivamente conservadora.

Sobre el criterio de cálculo del índice P utilizado para el cálculo del IMAJ anual y el IMAAJ, ALA considera que el cálculo del índice P realizado por Aena no está acorde con lo establecido en la Ley 18/2014 y en el Real Decreto 162/2019 debido en primer lugar a que algunos de los incrementos de los costes que Aena ha incluido en su propuesta de índice P ya estarían contemplados en el cálculo del Ingreso Máximo Anual por Pasajero (IMAJ) que fija el DORA para ese año. Que el IMAJ que figura en el DORA se compone del índice P que se calcula anualmente y de la variable X que se fijó en el DORA en un -2,22% anual y que es la variable que toma en cuenta los incrementos de la base de costes de Aena debidos a factores específicos ligados a la actividad del operador, anticipables por el mismo en el momento de elaboración del DORA y convenientemente reconocidos por el regulador. Que esta variable X recogía incrementos muy elevados de los costes operacionales y que para estimarlos ya se tuvo en cuenta el nuevo escenario de recuperación económica. Que no se dan las condiciones excepcionales invocadas por Aena para la aplicación del artículo 2.2.f) del Real Decreto 162/2019 para los conceptos de Seguridad y Limpieza toda vez que a la hora de elaboración del DORA se habrían anticipado dichos incrementos y, por tanto, ya formaban parte de los costes tenidos en cuenta para calcular la componente X del IMAJ. Que no procede incorporar los incrementos que pretende Aena en el índice P por concepto del servicio PMR. Que el cálculo del índice P propuesto por Aena no se ajusta a lo dispuesto en la Ley 18/2014 ni en el Real Decreto 162/2019 y propone alternativamente corregir los valores de seguridad (de 45% a 0,03%), Limpieza y Carros (de 0,04% a 0,00%) y PMR (de 0,68% a 0,00%), por lo que deberá reconocerse un valor de índice P de 0,30% en lugar del 1,44% propuesto por Aena. Concluye ALA que la variación tarifaria aplicable a 2020 debería ser de -1,85% en vez del -1,17% propuesto por Aena, como consecuencia de la corrección del índice P.

Sobre las proyecciones de tráfico utilizadas en la determinación del IMAAJ, ALA considera que las utilizadas por Aena para el cálculo del factor K aplicable en la determinación del IMAAJ 2020 durante el procedimiento de consulta son excesivamente conservadoras, como también lo han sido hasta la fecha las proyecciones de tráfico utilizadas en el DORA, puesto que ya en el primer año del DORA se alcanzó el tráfico previsto para el último año del mismo.

Solicita a la CNMC, en primer lugar, que determine que el cálculo del índice P y del IMAAJ realizado por Aena no son acordes con lo establecido en la Ley 18/2014 y en el Real Decreto 162/2019 y se establezca por parte de la CNMC su valor concreto. Y, en segundo lugar, solicita que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 37, apartado 1 de la Ley 18/2014, se modifique la decisión de Aena sustituyendo su contenido por el que resulte aplicable.

- Los representantes de las Asociaciones IATA y ACETA presentaron escrito en el que muestran su disconformidad con el citado Acuerdo de 30 de julio de 2019 del Consejo de Administración de Aena por discrepar de la previsión de tráfico y con el cálculo de índice P utilizados por Aena en la determinación de las tarifas aeroportuarias aplicables en el ejercicio 2020.

Consideraban que los crecimientos de tráfico esperado para 2019 y 2020 serían muy superiores a los que Aena había estimado. Que, en cuanto al Índice P, no procede aplicar la excepción que pretendía Aena respecto a los servicios de Seguridad y Limpieza y recogida de carros portaequipajes. Sobre el incremento de los costes de los servicios PMR alegaban que no se puede considerar el aumento de precio propuesto por Aena como efecto precio, ya que el hecho de que los primeros concursos en los que se incrementó la calidad quedasen desiertos no constituye una referencia válida para determinar ningún nivel de precios sino únicamente un indicador de que el precio ofertado por Aena no estaba acorde con la mejora de la calidad exigida por el pliego; y que el mayor coste de la contratación de los servicios con las concesiones vencidas y con un precio superior por la misma calidad debe ser asumido por Aena ya que se debe a una gestión incorrecta.



- La compañía aérea Norwegian también presentó escrito en el que discrepa de la decisión de Aena de 30 de julio de 2019, por considerar equivocados el cálculo del índice P y la variación del IMAAJ utilizados por el gestor aeroportuario adhiriéndose íntegramente al recurso presentado por ALA.
- Acumulados los tres recursos, se dio trámite de audiencia a Aena, que presentó escrito de alegaciones, dando respuesta a las cuestiones planteadas por las recurrentes.

La CNMC razona en la resolución aquí impugnada, en síntesis, que la resolución de los conflictos que se presenten deberá ser coherente con el contenido de la Resolución de supervisión anual de las tarifas aeroportuarias que adopte la CNMC, conforme al artículo 37 de la Ley 18/2014. Que se trata de resolver sobre el cálculo del índice P aplicable para determinar el IMAAJ anual a partir del cual se determina el IMAAJ 2020 y la estimación de tráfico aplicable para el cálculo del factor de cumplimiento al 100% del IMAAJ (factor K) previsto en el apartado 2 del Anexo IX de la Ley 18/2014; ambos datos afectan a la determinación del IMAAJ 2020 y a la modificación de las tarifas aeroportuarias de Aena 2020.

Que el cálculo del índice P, que se utiliza en la determinación del IMAAJ conforme al Anexo VIII de la Ley 18/2014, ha sido objeto del procedimiento administrativo STP/DTSP/037/19 sobre el Índice P aplicable a las tarifas aeroportuarias de Aena en 2020. Dicho procedimiento, regulado por el artículo 3 del Real Decreto 162/2019, fue resuelto mediante Acuerdo de la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC de fecha 7 de noviembre de 2019, estableciendo motivadamente su valor en 0,8%; que ha de estarse a las valoraciones contenidas dicha Resolución.

Que, por lo que se refiere a la estimación de tráfico que debe utilizarse para el parámetro Qt en la fórmula de cálculo del factor K, para el cálculo del IMAAJ 2020, también ha sido objeto de controversia durante el procedimiento de consultas y de supervisión por parte de la CNMC en el expediente STP/DTSP/024/19 sobre la supervisión de las tarifas aeroportuarias aplicables por Aena en el ejercicio 2020, por lo que ha de estarse a las consideraciones expresadas por esa Sala sobre dicho aspecto en su Resolución, de fecha 11 de diciembre de 2019, de supervisión de las tarifas aeroportuarias aplicables por AENA, S.M.E., S.A. en el ejercicio 2020. En dicha Resolución se declara la inaplicación de la actualización tarifaria comunicada por Aena y se determina un IMAAJ aplicable a las tarifas de 2020 de 10,27 euros por pasajero lo que supone una variación tarifaria de un -1,44%. Que el contenido de las alegaciones presentadas por las partes durante el procedimiento de conflicto en lo relativo a las previsiones de tráfico coincide, en lo sustancial, con las posiciones de las partes expresadas durante el procedimiento de transparencia y consulta, por lo que ya han sido valoradas por la CNMC a la hora de adoptar la Resolución de Supervisión. Que la CNMC no basa su Resolución de Supervisión en las estimaciones aportadas por las partes en conflicto, sino que utiliza para la revisión de las proyecciones de tráfico sus propias fuentes que toman en cuenta los datos públicos disponibles en el momento de adoptar la Resolución de Supervisión. Que, por ello, para la determinación del factor de cumplimiento al 100% del IMAAJ (factor K) del Anexo IX, apartado 2, de la Ley 18/2014 debe utilizarse como parámetro Qt, el valor de 281,4 millones de pasajeros estimados para el 2020 establecido en la Resolución de Supervisión. Que, a los efectos de resolución del conflicto, según el resultado de la supervisión descrita en el apartado IV.2 de la Resolución de Supervisión de la CNMC, para el cálculo del IMAAJ aplicable a las tarifas aeroportuarias de 2020 debe considerarse un valor del factor K igual a -0,204 euros por pasajero que se corresponde con una variación tarifaria de un -1,44%. A su vez, la modificación tarifaria que habrá de sustituir al contenido del Acuerdo del Consejo de Administración de Aena será la que resulte de la aplicación de la variación tarifaria por prestación corregida contenida en el apartado V.3 de la Resolución de supervisión, según resulta de lo establecido en su Resuelve Quinto.

A la vista de las alegaciones presentadas por los interesados y teniendo en cuenta el conjunto de la normativa que resulta de aplicación al conflicto planteado, se concluye que la resolución del mismo ha de ser acorde con el resultado de la supervisión descrita en el apartado IV.2 de la Resolución de Supervisión de la CNMC y con valor del Índice P para 2020 determinado por la Comisión en su correspondiente resolución. Asimismo, la modificación tarifaria aplicable que determine el conflicto debe corresponderse con la aplicación de la variación tarifaria por prestación corregida contenida en el apartado V.3 de la Resolución de Supervisión, según resulta de lo establecido en su Resuelve Quinto.

SEGUNDO: En el escrito de demanda de este recurso combate la entidad actora la anterior resolución, en cuanto acuerda modificar el Parámetro Qt del Factor K del Ingreso Máximo Anual Ajustado por Pasajero ("IMAAJ") correspondiente al cálculo de la actualización tarifaria anual, conforme a la Ley 18/2014, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia. Señalando que, de conformidad con el artículo 37 de la Ley 18/2014, mediante la Resolución de 11 de diciembre "de las tarifas aeroportuarias aplicables por AENA, S.M.E., S.A. en el ejercicio 2020," la CNMC aprobó el Informe de Supervisión del procedimiento de transparencia y consultas; que este Informe de Supervisión de 2020 también ha sido recurrido por AENA ante esta Sala, dando lugar al PO 121/2020, que se encuentra actualmente en tramitación.



Tras exponer el marco legal aplicable a las tarifas aeroportuarias por la prestación de los servicios aeroportuarios básicos (Ley 21/2003, de Seguridad Aérea; Ley 18/2014, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia), el contenido, relevancia y carácter vinculante del DORA 2017-2021, invoca la entidad recurrente los siguientes motivos de impugnación:

1.- Incorrecto ejercicio de la función de supervisión de la CNMC. La resolución impugnada supone una clara extralimitación de las funciones de supervisión aeroportuaria de la CNMC. Breve referencia al régimen de determinación y actualización de las tarifas y a la supervisión aeroportuaria.

Se alega que AENA, en su condición de gestor aeroportuario, tiene encomendada la función de impulsar el procedimiento de actualización de las tarifas aeroportuarias, con arreglo a lo establecido en la Ley 18/2014 y en los instrumentos de ordenación y control de la gestión aeroportuaria, aprobando esa actualización tras el proceso de consultas con sujeción al régimen de supervisión administrativa previsto en la citada Ley. Que DORA sujeta ex ante la actividad de AENA, siendo un instrumento de "ordenación" y "control" de la actividad del gestor aeroportuario, cuya función es la de establecer las condiciones mínimas para garantizar la accesibilidad, suficiencia e idoneidad de las infraestructuras aeroportuarias y la adecuada prestación de los servicios básicos de la red de aeropuertos de AENA. Que el control ex post, se realiza mediante la supervisión de AESA, a través del "Informe anual de supervisión técnica aeroportuaria", y mediante la supervisión de la CNMC, a través del "Informe de supervisión del procedimiento de transparencia y consultas" para la determinación de la actualización de las tarifas aeroportuarias. Que corresponde también a la CNMC resolver los conflictos tarifarios que las Asociaciones interpongan contra las resoluciones de AENA respecto de la actualización de las tarifas aeroportuarias; que la CNMC está vinculada por el DORA 2017-2021 en toda su extensión, incluyendo las previsiones o estimaciones de tráfico, no teniendo competencia para corregir lo previsto en ese Documento de Regulación Aeroportuaria. Que las funciones de la Comisión se limitan a la constatación de que el procedimiento de transparencia y consultas se ajusta a lo previsto en la Ley 18/2014 y de que, durante su tramitación, no ha existido una vulneración de los principios de "participación de los usuarios", "transparencia" y "no discriminación" en el cálculo de la actualización de las tarifas; y la constatación de que la modificación tarifaria aprobada por AENA ha calculado correctamente los parámetros del IMAAJ, de acuerdo con lo previsto en la Ley 18/2014, en el DORA (Parámetro K, por lo que se refiere al Parámetro Qt); el control se limita al procedimiento de transparencia y consulta. Que la resolución impugnada vulnera el principio de "vinculación positiva de la Administración a la ley" e incurre en "desviación de poder".

2.- La resolución impugnada ha calculado el parámetro K sin atender a las exigencias legalmente establecidas en la Ley 18/2014. Las previsiones o estimaciones de tráfico contenidas en el DORA tienen carácter invariable y vinculante para todo el quinquenio regulatorio, salvo que concurren circunstancias excepcionales previstas.

Afirma la recurrente que la CNMC pretende modificar de facto el modelo económico o de prognosis de tráfico utilizado por el DORA, de conformidad con la Ley 18/2014. Que para la determinación del Parámetro K se deberá tener en cuenta la estimación o previsión de tráfico -Qt- prevista en el DORA, tal como deriva de los artículos 29.1, 32.3 de la Ley 18/2014; la correcta interpretación del Parámetro K y la variable Qt determinan que la estimación o previsión de tráfico contenida en el DORA 2017-2021 tiene un carácter unívoco y debe ser aplicado imperativamente para la determinación del IMAAJ. Que la resolución impugnada supone una grave vulneración de lo previsto en el artículo 27 y el Anexo VIII de la Ley 18/2014 y lo previsto en el DORA 2017-2021.

En su escrito de conclusiones, viene a reiterar lo expuesto en la demanda.

TERCERO: El Abogado del Estado se opone al recurso en su escrito de contestación a la demanda, en el que alega que no es admisible la pretensión b) del suplico de la demanda, de carácter meramente declarativo, ajena a las pretensiones previstas en los artículos 31 y 71.1 LJCA.

Afirma que la CNMC actuó en aplicación de las competencias atribuidas en el artículo 10 de la Ley 3/2013, de creación de la CNMC y en la Ley 18/2014, cuyo artículo 37 otorga a la CNMC la competencia para determinar motivadamente el IMAAJ que deba ser aplicable. Que la plena competencia de la CNMC para determinar el IMAAJ aplicable es la interpretación más conforme con el Derecho de la UE, y particularmente con la Directiva 2009/12/CE, sobre tasas aeroportuarias. Que la correcta determinación del IMAAJ se configura en la Ley 18/2014 como parte esencial del procedimiento de actualización tarifaria; la variación tarifaria anual debe ser el resultante del IMAAJ que determine el regulador; correspondiendo a la CNMC, en tanto que organismo de supervisión independiente, verificar que Aena ha aplicado correctamente las fórmulas del anexo IX para la determinación del IMAAJ. La supervisión de la CNMC no se limita a constatar que Aena calcula correctamente el resultado de la fórmula, sino que alcanza también a la veracidad y verosimilitud de los datos que Aena incorpora a los distintos parámetros de la fórmula que vienen definidos en la Ley y, en su caso, corresponde a la CNMC también la interpretación de dicha norma y sus anexos según los criterios reconocidos en el ordenamiento jurídico; y, en ejercicio de dicha competencia de supervisión, en la resolución impugnada, la

CNMC ha considerado necesario modificar, como parte del resultado de su supervisión el valor del parámetro Qt utilizado para obtener el factor K en la fórmula de cálculo del IMAAJ. Que corresponde a la CNMC, en tanto que organismo de supervisión independiente, la supervisión de que la actualización tarifaria de Aena para el año siguiente sigue el procedimiento descrito en el párrafo primero del apartado 4 del artículo 32 de la Ley 18/2014 y que se somete al procedimiento de consultas previsto en el artículo 34 de la misma Ley.

Sobre la determinación del factor de cumplimiento del ingreso máximo anual por pasajero ajustado (Factor K), alega que se configura como un ajuste necesario para que Aena obtenga, con las tarifas que recauda cada año, el ingreso medio por pasajero (IMAP) que se determinó en el DORA de manera prospectiva, a 5 años; que, la CNMC en ningún momento ha tomado en consideración otros valores del IMAP distintos de los que se incluyen en el DORA 2017-2021, siendo el exclusivo objeto de discusión del factor K el criterio sobre cómo Aena debe recuperar las desviaciones que se produzcan entre los valores aprobados en el DORA (prospectivos), que son invariables y que la CNMC no modifica, y los que realmente se han producido como consecuencia del mix del tráfico. Que la fórmula de determinación del factor K incluida en el Anexo IX de la Ley 18/2014 recoge una expresión $Qt-2$, que es la diferencia entre lo que Aena realmente ha recuperado, un ingreso unitario real de 10,23 euros por pasajero y lo que debería haber recuperado según el DORA en el ejercicio 2018, 10,42 euros por pasajero; la diferencia entre el valor prospectivo del DORA y el ingreso unitario real multiplicada por los 263,8 millones de pasajeros reales del ejercicio 2018, conforman los 58,5 millones de euros que Aena tiene derecho a recuperar. Que ese concepto incluye elementos establecidos en el DORA (10,42 euros), y por tanto invariables, y otros, como los 10,23 euros del ingreso unitario real, que se corresponden a un valor que no se pudo incluir en el DORA 2017-2021, puesto que se desconocía cual sería el ingreso unitario real que se registraría a cierre de 2018; por tanto, es lógico que se incluyan en la misma fórmula valores predeterminados y fijados ex ante (prospectivos) con otros que se han determinado posteriormente como el ingreso unitario real. Que la fórmula del factor K y del IMAAJ son distintas y se calculan de manera independiente, con diferentes definiciones de los parámetros que las componen, en este caso el parámetro Qt ; y se ha de considerar que el artículo 32.3 in fine tendría alcance sobre la fórmula de determinación del IMAAJ, pero no sobre el cálculo del factor K. Que el artículo 27 de la Ley 18/2014 y el apartado 7 del Anexo VIII no son aplicables al supuesto de hecho.

En conclusiones se reproducen los razonamientos del escrito de contestación a la demanda.

CUARTO: Se plantea el presente recurso en términos similares a los del recurso interpuesto por AENA contra la resolución de la CNMC de 10 de diciembre de 2018, en relación con la fijación de las tarifas aeroportuarias para el ejercicio 2019, que dio lugar al PO 490/19, en el que recayó sentencia desestimatoria de fecha 30 de abril de 2021.

Tal como opone el Abogado del Estado, no cabe acoger la pretensión de que se *«declare que los criterios de determinación del IMAAJ, son aquellos que se corresponden con lo establecido en esta demanda y, en concreto, la variable QT incluida en el Parámetro K del IMAAJ se corresponde con las "estimaciones o previsiones de tráfico de pasajeros esperado" previstos en el DORA para el año correspondiente del quinquenio, de acuerdo con lo previsto en los artículos 24 , 29 , 32.3 y el Anexo IX de la Ley 18/2014 »*.

Efectivamente, se trata de una pretensión que no se ajusta a ninguno de los supuestos de pretensión que recoge el artículo 31 citado *-declaración de no ser conformes a Derecho y, en su caso, la anulación de los actos y disposiciones susceptibles de impugnación; reconocimiento de una situación jurídica individualizada y la adopción de las medidas adecuadas para el pleno restablecimiento de la misma, entre ellas la indemnización de los daños y perjuicios, cuando proceda-* ni responde a los posibles pronunciamientos de sentencia estimatoria que recoge el artículo 71.1 de la ley procesal. No cabe que el tribunal haga, con carácter genérico e interpretativo, el pretendido pronunciamiento al margen del caso concreto que se enjuicia y para que ese pronunciamiento despliegue efectos en el futuro.

Como primer motivo de impugnación, denuncia Aena la extralimitación de la CNMC en sus competencias, haciendo una amplia exposición de lo que entiende por funciones de supervisión, a los efectos del conflicto planteado.

La CNMC, en el fundamento segundo de su resolución, señala que ésta se dicta en virtud de las competencias atribuidas por el artículo 12.1.c) en relación con el artículo 10.5 de la LCNMC, así como por el artículo 39 de la Ley 18/2014.

El artículo 10 de la Ley 3/2013, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, en relación con la supervisión y control en materia de tarifas aeroportuarias, atribuye a la Comisión, entre otras funciones, las siguientes:

"(...)



2. Supervisar el cumplimiento del procedimiento de transparencia y consulta llevado a cabo por Aena, S.A., y que las actualizaciones de sus tarifas aeroportuarias se ajustan al porcentaje que resulte de aplicar el ingreso máximo anual por pasajero ajustado (IMAAJ), (...)

3. Dictar resoluciones vinculantes en relación con el procedimiento de transparencia y consulta que debe realizar Aena, S.A., conforme a lo previsto en la Ley 18/2014, de 15 de octubre, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia.

4. Velar porque las tarifas aeroportuarias de Aena, S.A., no se apliquen de forma discriminatoria.

5. Resolver los conflictos entre Aena, S.A., y las asociaciones representativas de usuarios de los aeropuertos de la red en materia de tarifas aeroportuarias previstos en el artículo 12.c) o, en los términos en que se desarrolle reglamentariamente, los que pudieran plantear individualmente las compañías usuarias del aeropuerto.

(...)"

El artículo 12 de la misma ley, bajo la rúbrica "Resolución de conflictos", dispone que:

"1. La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia resolverá los conflictos que le sean planteados por los operadores económicos en los siguientes casos:

(...)

c) En materia de tarifas aeroportuarias, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia resolverá los recursos frente a las decisiones de Aena, S.A., relativas a la modificación del sistema o nivel de sus tarifas aeroportuarias, que interpongan las asociaciones representativas de usuarios de la red de aeropuertos de Aena, S.A., o, en los términos en que se desarrolle reglamentariamente, los que pudieran plantear individualmente las compañías usuarias del aeropuerto. La Comisión acumulará la tramitación de los recursos presentados.

A estos efectos se consideran asociaciones representativas de usuarios de la red de aeropuertos de Aena, S.A., las definidas en el artículo 19, letra d) de la Ley 18/2014, de 15 de octubre, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia.

Esta resolución incluirá la modificación tarifaria revisada que proceda, que sustituirá al contenido de la decisión de Aena, S.A., y, en su caso, los estándares que se correspondan con los indicadores y niveles de calidad de servicio que considere aceptables y consistentes con la modificación tarifaria revisada.

La modificación tarifaria revisada de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia deberá respetar el ingreso máximo anual por pasajero ajustado (IMAAJ) que resulte de aplicar las correcciones establecidas en el artículo 33 de la Ley 18/2014, de 15 de octubre, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia, al ingreso máximo anual por pasajero (IMAP) adoptado para el ejercicio en el Documento de Regulación Aeroportuaria (DORA).

En este procedimiento la Comisión verificará que la decisión de Aena, S.A., se ha producido conforme al procedimiento establecido en la Ley 18/2014, de 15 de octubre, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia, se ajusta a los requisitos establecidos en el Documento de Regulación Aeroportuaria (DORA), garantiza la sostenibilidad de la red y la accesibilidad a los aeropuertos integrados en ella, así como a la suficiencia de ingresos, responde a los principios de no discriminación, objetividad, eficiencia y transparencia, resulta justificada, de acuerdo con las previsiones del Documento de Regulación Aeroportuaria (DORA) en materia de previsiones de tráfico e inversiones, y los requerimientos y necesidades de las compañías usuarias de los aeropuertos."

El artículo 39 de la Ley 18/2014, "Recursos de las compañías aéreas frente a la decisión de Aena, S.A., de modificación o actualización de las tarifas aeroportuarias", dispone:

"1. Las entidades y usuarios legitimados, conforme a lo previsto en el artículo 12, letra c) de la Ley 3/2013, de 4 de junio, podrán recurrir ante la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, las decisiones de Aena, S.A., sobre la modificación o actualización de sus tarifas aeroportuarias.

El plazo para recurrir será de veinte días desde la fecha de notificación del acuerdo del Consejo de Administración de Aena, S.A.

2. Reglamentariamente podrán establecerse los requisitos que deben acreditar las compañías aéreas y otros usuarios de los aeropuertos de la red de aeropuertos de Aena, S.A., para poder recurrir las decisiones de ésta sobre la modificación o actualización de sus tarifas aeroportuarias.

3. Las resoluciones de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el ejercicio de esta función son vinculantes, sin perjuicio de los recursos que procedan ante la jurisdicción contencioso-administrativa. "



Resulta de las anteriores normas que la Comisión ha actuado en ejercicio de sus competencias, sin que pueda acogerse el criterio de la entidad recurrente, que reduce tales competencias de supervisión al control del procedimiento de transparencia y consulta, en términos que no se corresponden con la regulación expuesta ni con la naturaleza y funciones atribuidas a la Comisión.

En este sentido, hemos de recordar que la Directiva 2009/12/CE, relativa a las tasas aeroportuarias, en su considerando 12, señala que " *Con el fin de garantizar la imparcialidad de sus decisiones y la aplicación correcta y eficaz de la presente Directiva conviene establecer en cada Estado miembro una autoridad de supervisión independiente. Esta autoridad debe disponer de todos los recursos necesarios en cuanto a personal, competencias y medios financieros para el ejercicio de sus funciones.*"

Y el artículo 6, "Consultas y vías de recurso", dispone:

"3. Los Estados miembros velarán por que, en caso de desacuerdo sobre una decisión relativa a las tasas aeroportuarias tomada por la entidad gestora del aeropuerto, cada parte pueda recurrir a la autoridad de supervisión independiente mencionada en el artículo 11, que examinará los motivos que justifican la modificación del sistema de tasas aeroportuarias o el nivel de dichas tasas.

4. En caso de que se recurra ante la autoridad de supervisión independiente una modificación del sistema o el nivel de las tasas aeroportuarias decidida por la entidad gestora del aeropuerto, la modificación no surtirá efecto hasta que dicha autoridad haya estudiado el asunto. En un plazo de cuatro semanas tras habersele sometido el asunto, la autoridad de supervisión independiente adoptará una decisión provisional relativa a la entrada en vigor de la modificación de las tasas aeroportuarias, a menos que la decisión definitiva se pueda adoptar dentro del mismo plazo."

QUINTO: Por lo que se refiere al cálculo del parámetro K, al que hace referencia el segundo motivo de impugnación esgrimido en la demanda, la CNMC en la resolución objeto del presente recurso se remite a lo razonado en su Resolución de Supervisión, de la misma fecha -11 de diciembre de 2019- en la que se declara la inaplicación de la actualización tarifaria comunicada por Aena y se determina un IMAAJ aplicable a las tarifas de 2020 de 10,27 euros por pasajero, lo que supone una variación tarifaria de un -1,44%; señalando que en este caso debe tenerse en cuenta que el contenido de las alegaciones presentadas por las partes durante el procedimiento de conflicto en lo relativo a las previsiones de tráfico coincide, en lo sustancial, con las posiciones de las partes expresadas durante el procedimiento de transparencia y consulta, por lo que ya han sido valoradas por la Comisión a la hora de adoptar la Resolución de Supervisión; y que no se han presentado en el procedimiento de conflicto alegaciones nuevas que contradigan las conclusiones allí alcanzadas; destacando que la CNMC no basa su Resolución de Supervisión en las estimaciones aportadas por las partes en conflicto, sino que utiliza para la revisión de las proyecciones de tráfico sus propias fuentes que toman en cuenta los datos públicos disponibles en el momento de adoptar la Resolución de Supervisión. Y, en consecuencia, entiende que para la determinación del factor de cumplimiento al 100% del IMAAJ (factor K) del Anexo IX, apartado 2, de la Ley 18/2014 debe utilizarse como parámetro Qt, el valor de 281,4 millones de pasajeros estimados para el 2020, establecido en la Resolución de Supervisión. Y para el cálculo del IMAAJ aplicable a las tarifas aeroportuarias de 2020 debe considerarse un valor del factor K igual a -0,204 euros por pasajero que se corresponde con una variación tarifaria de un -1,44%.

El artículo 33 de la Ley 18/2014, "Determinación del ingreso máximo anual por pasajero ajustado (IMAAJ)", establece:

"Recibido el Informe anual de supervisión técnica aeroportuaria y con carácter previo a la iniciación del procedimiento de transparencia y consulta previsto en esta Sección, Aena, S.A., fijará el ingreso máximo anual por pasajero ajustado (IMAAJ) correspondiente al ejercicio sobre el que se vayan a realizar las consultas, conforme a las fórmulas previstas en el anexo IX de esta Ley, aplicando las correcciones derivadas de:

"(...)

b) El factor de cumplimiento al 100% de ingreso máximo anual por pasajero ajustado (IMAAJ) correspondiente al ejercicio de dos años antes a aquél sobre el que se vayan a realizar las consultas, conforme a la fórmula prevista en el anexo IX, apartado 2 (factor K).

"(...)"

En el anexo IX de la misma ley se establece, en el apartado 1, la fórmula del ingreso máximo anual por pasajero ajustado (IMAAJ); y en el apartado 2 "Factor de cumplimiento al 100% del ingreso máximo anual por pasajero ajustado (IMAAJ)", se expone:

"Esta corrección tiene como objetivo eliminar la diferencia que se puede producir entre los ingresos anuales esperados aplicando el ingreso máximo anual por pasajero ajustado (IMAAJ) del año y los ingresos realmente



obtenidos, aislando las desviaciones en nivel de tráfico, medido por el número de pasajeros, dado que el riesgo de tráfico debe absorberlo el operador.

Esta diferencia se produce debido a la dificultad para trasladar el valor agregado del ingreso medio máximo permitido (ingreso máximo anual por pasajero ajustado (IMAAJ) a valores unitarios de tarifas para cada uno de los servicios y tipos de tráfico esperados para cada aeropuerto. De manera que una propuesta de valores unitarios de tarifas que, ex ante, cumple el ingreso máximo anual por pasajero ajustado (IMAAJ), podría no cumplirlo ex post si la composición del tráfico variase desde el momento en que se establecieron las tarifas al momento en que se aplican. Y esto con independencia de que se cumplan las previsiones sobre el volumen de pasajeros total para el conjunto de la red.

Adicionalmente este factor de cumplimiento al 100% del ingreso máximo anual por pasajero ajustado, IMAAJ, recoge la diferencia que pudiera producirse si, de los acuerdos entre los usuarios y Aena S.A., los incrementos de las cuantías unitarias aprobadas para el ejercicio t no se aplican a partir del 1 de enero de cada ejercicio sino que se retrasa su aplicación de cobro más allá de esa fecha. Si esto ocurriese, los ingresos anuales esperados aplicando el ingreso máximo anual por pasajero ajustado (IMAAJ) del año t y los ingresos realmente obtenidos serían diferentes.

Para eliminar dicha diferencia, que puede ser positiva o negativa, en función de si el operador ha cobrado más o menos del ingreso medio máximo permitido, aislando el efecto de variación de tráfico, debe compararse el ingreso por pasajero efectivo o real obtenido durante el ejercicio (ingreso unitario $t-2$ en la siguiente fórmula) con el máximo ingreso medio permitido (IMAAJ $t-2$ en la fórmula). Dado que la corrección se aplica sobre el tráfico real del periodo t , que afecta tanto a los dos ingresos unitarios anteriores, la corrección no compensa al operador por la diferencia entre el tráfico real y el planificado del año t .

Se establece la fórmula de corrección, indicando a continuación que:

Qt-2: son los pasajeros reales totales del año $t-2$.

Qt: son los pasajeros estimados del año t .

Ingreso unitario $t-2$: son los ingresos reales divididos por el tráfico del año $t-2$ (es decir, este valor sería el IMAAJ real efectivamente registrado en el año $t-2$).

IMAAJ $t-2$: es el ingreso por pasajero máximo anual ajustado del año $t-2$.

Tal como se razona en la sentencia dictada en el PO 490/19, tras hacer referencia a las previsiones de tráfico que contiene DORA 2017-2021 para ese periodo quinquenal, en el Anexo IX la Ley 18/2014 se diferencia la fórmula del factor K (en el apartado 2) de la fórmula de determinación del IMAAJ (en el apartado 1), siendo evidente el cálculo independiente de uno y otro. Señalando que no es irrelevante el uso de términos distintos, "estimados" y "previstos"; en la fórmula del IMAAJ se utiliza el término pasajeros previstos y, en relación con el factor K, se refiere la ley a pasajeros estimados.

Concluyó el tribunal, en línea con el criterio de la CNMC, que el art. 32.3 de la ley cuando establece que: "Las tarifas aeroportuarias de cada ejercicio, teniendo en cuenta el tráfico esperado para dicho ejercicio, no representarán unos ingresos esperados que excedan del ingreso máximo anual por pasajero ajustado (IMAAJ). A estos efectos, se atenderá exclusivamente al tráfico previsto en el Documento de Regulación Aeroportuaria (DORA)", está regulando el IMAAJ pero no el factor K. Y que la fórmula del factor K utiliza dos parámetros "Q" con dos definiciones distintas:

Qt2= pasajeros reales en $t2$

Qt=pasajeros estimados en t .

Añadíamos en aquella sentencia, y ratificamos ahora, que la realidad ha venido a demostrar la falibilidad de las previsiones de la DORA, inicialmente en el año 2019 porque la cifra real de pasajeros fue superior, y posteriormente en el año 2020, por las consecuencias de la pandemia y la radical disminución del número de pasajeros.

Efectivamente, la fórmula de corrección mencionada (factor Kt) tiene la finalidad de compensar a AENA por la diferencia entre los ingresos por pasajero fijados en el DORA y los reales que ha obtenido.

En consecuencia con lo expuesto, procede la desestimación del presente recurso.

SEXTO: En atención a lo dispuesto en el art. 139.1 LJCA, procede la condena en costas a la parte recurrente.

La Sala, haciendo uso de la facultad que otorga el apartado 4 de dicho artículo, fija en 3.000 euros la cuantía máxima de las costas procesales, por todos los conceptos.



Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

Que **desestimamos** el recurso contencioso administrativo interpuesto por el Procurador **D. Ramón Rodríguez Nogueira**, en nombre y representación de **AENA, S.M.E., SA**, contra Resolución de la COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA, de fecha 11 de diciembre de 2019, a la que la demanda se contrae, la cual confirmamos como ajustada a Derecho.

Con condena en costas a la entidad recurrente; con el límite máximo de 3000 € por todos los conceptos.

La presente sentencia es susceptible de recurso de casación que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el siguiente al de su **notificación**; en el escrito de preparación del recurso deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2 de la Ley de la Jurisdicción, justificando el interés casacional objetivo que presenta.

FONDO DOCUMENTAL CENDAJ