



Roj: **SAN 3090/2022 - ECLI:ES:AN:2022:3090**

Id Cendoj: **28079230062022100361**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **16/06/2022**

Nº de Recurso: **448/2017**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **RAMON CASTILLO BADAL**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000448 /2017

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 03727/2017

Demandante: AUTO TRANSPORTE TURISTICO ESPAÑOL (ATESA)

Procurador: D. ANTONIO ORTEGA FUENTES

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. RAMÓN CASTILLO BADAL

SENTENCIA Nº :

Ilma. Sra. Presidente:

D^a. BERTA SANTILLAN PEDROSA

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. SANTOS GANDARILLAS MARTOS

D. MARIA JESUS VEGAS TORRES

D. RAMÓN CASTILLO BADAL

Madrid, a dieciséis de junio de dos mil veintidós.

VISTO el presente recurso contencioso-administrativo núm. 448/17 promovido por el Procurador D. Antonio Ortega Fuentes, en nombre y representación de **AUTO TRANSPORTE TURISTICO ESPAÑOL (ATESA)**, contra la resolución de 24 de abril de 2017, del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, dictada en el expediente S/DC/0583/16, ATESA vs AENA, por la que se declara no incoar procedimiento sancionador y el archivo de las actuaciones a raíz de la denuncia presentada contra AENA por abuso de posición de dominio al no quedar acreditada la existencia de indicios de infracción del artículo 2 de la ley 15/2007 y art. 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

Ha sido parte en autos la Administración demandada, representada y defendida por el Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO.- Interpuesto el recurso y seguidos los oportunos trámites prevenidos por la Ley de la Jurisdicción, se emplazó a la parte demandante para que formalizase la demanda, lo que verificó mediante escrito en el que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimaba de aplicación, terminaba suplicando se dictase sentencia por la que se estime el recurso y en consecuencia "...1. *Anule íntegramente la Resolución de la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, de fecha 24 de abril de 2017 recaída en el expediente S/DC/0583/16, ATESA vs AENA, por ser contraria a Derecho.*

2. *Ordene que, en línea con el artículo 49.2 LDC, la Dirección de Competencia abra un periodo de información reservada en el que se investiguen (i) los indicios de abuso de posición de dominio analizados de manera errónea en la Resolución (Fundamentos de Derecho Primero, Segundo y Tercero); y (ii) los indicios de abuso de posición de dominio ignorados por la Resolución e incluidos en la Denuncia (Fundamentos de Derecho Cuarto, Quinto, Sexto y Séptimo).*"

SEGUNDO.- El Abogado del Estado contestó la demanda mediante escrito en el que suplicó se dictase sentencia por la que se confirmase el acto recurrido en todos sus extremos.

TERCERO.- Pendiente el recurso de señalamiento para votación y fallo cuando por turno le correspondiera, se fijó para ello la audiencia del día 15 de junio de 2022, en que tuvo lugar.

Ha sido ponente el Ilmo. Sr. D. Ramón Castillo Badal, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es objeto del presente recurso la resolución dictada el 24 de abril de 2017, por el Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, en el expediente S/DC/0583/16, ATESA vs AENA, por la que se declara no incoar procedimiento sancionador y el archivo de las actuaciones a raíz de la denuncia presentada contra AENA por abuso de posición de dominio al no quedar acreditada la existencia de indicios de infracción del artículo 2 de la ley 15/2007 y art. 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

Como antecedentes de dicha resolución pueden destacarse los siguientes:

1. AUTOTRANSPORTE TURISTICO ESPAÑOL S.A. (ATESA) el día 21 de Abril del 2016, presentó una denuncia contra AENA AEROPUERTOS (AENA) "por supuestas prácticas restrictivas de la competencia, consistentes en un posible abuso de posición de dominio contrario al Artículo 2 de la Ley 15/2007 de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia y Artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea" (folios 1 al 301). Según la denunciante " *AENA habría cometido un presunto abuso de posición de dominio en la fijación de las condiciones contenidas en el Pliego publicado en Enero 2016 para la Contratación de Arrendamiento de superficies destinadas a la explotación de la actividad de alquiler de vehículos sin conductor y otras actividades complementarias en la red de aeropuertos de AENA (Expediente C/DEC/219/15)*".

Según la denunciante " *en esta nueva Licitación, la Renta Fija Mensual exigida a los licitadores se ha incrementado más del 50% de media en los principales aeropuertos de pasajeros en España y la Renta Variable (canon variable) ha aumentado el 78%, pasando del 4,5% de la facturación mensual obtenida en cada aeropuerto al 8%*" (folio 13).

Según la denunciante " *las condiciones excesivas exigidas por AENA han obligado a las compañías de alquiler de vehículos a renunciar a presentar ofertas en determinados aeropuertos*". Y señala que por ello " *no ha podido presentar oferta en 8 de los 21 aeropuertos donde ya estaba presente*" (folio 9).

La denunciante solicitó la Adopción de Medidas Cautelares consistentes en:

Suspender el proceso de licitación iniciado por AENA con el número C/DEC/219/15 y que contiene las condiciones consideradas abusivas. Extender temporalmente las condiciones actualmente aplicadas por AENA para el alquiler de espacios comerciales en los aeropuertos españoles.

2. La Dirección de Competencia acordó llevar a cabo una Información Reservada referencia S/DC/0583/16, con objeto de determinar si podía haber indicios de infracción en los hechos denunciados y si concurrían las circunstancias que justificasen la incoación de un expediente sancionador.

Al efecto, el día 13 de Junio del 2016 la Dirección de Competencia Requirió Información a la denunciada AENA (folios 302 a 306) relativa " *a las condiciones económicas recogidas en el Pliego del Expediente de Contratación C/DEC/219/15 y, asimismo, que explicase los criterios de fijación de los importes de los parámetros Renta Mensual Fija y Renta Variable; que facilitase información sobre las ofertas presentadas en este proceso de licitación y en el inmediatamente anterior; e informase sobre los ingresos derivados de las concesiones de espacios aeroportuarios y, en particular, de las concesiones para las empresas de alquiler de vehículos*".



AENA solicitó ampliación del plazo, en escrito de 21 de Junio del 2016, que le fue concedido el 24 de Junio.

Con fecha 12 de Julio del 2016 tuvo entrada el escrito respuesta de AENA (folios 325 a 560).

3. Tras ello, la Dirección de Competencia el día 13 de Septiembre del 2016 realizó dos nuevos requerimientos de información. El primero a AENA con el fin de que aclarase algunos extremos de su contestación al anterior requerimiento de información (folios 567 a 569); y el segundo a ATESA para que aclarase algunos datos de su escrito de denuncia.

4. La Dirección de Competencia el día 9 de Marzo del 2017, elevó a la Sala de Competencia Propuesta de no incoación de procedimiento sancionador, así como el archivo de las actuaciones por considerar que no existían indicios racionales de que las condiciones económicas recogidas en el Pliego del Expediente de Contratación C/DEC/219/15 AENA integrasen una infracción del Artículo 2 de la Ley 15/2007, ni del Artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

5. La propuesta fue asumida por el Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia en la resolución de 24 de abril de 2017, que constituye el objeto del presente recurso.

SEGUNDO.- En su demanda, la entidad recurrente expone que la resolución recurrida incurre en tres errores que la vician de nulidad.

En primer lugar, dice la resolución que las empresas son "libres de ofrecer la Renta que deseen" en sus ofertas a AENA cuando en realidad las rentas fijas deben ser "iguales o superiores" a las indicadas por AENA en "el cuadro de condiciones" (folio 347 del Expediente). Si ofertan por debajo de las "condiciones fijadas" por AENA, su oferta ni siquiera compite. Esto es relevante, explica, porque la CNMC concluye que el parámetro de comparación para medir el incremento de precios no es la renta fija mínima exigida por AENA sino la ofrecida por cada empresa por encima de ese umbral. Si la CNMC hubiese revisado estas rentas fijas mínimas, como fue sugerido en la Denuncia, hubiese observado que éstas no solo bajan, como dice AENA, sino que suben de media un 50% en los principales aeropuertos de España.

En segundo lugar, la CNMC justifica erróneamente el incremento que se ha producido en el precio de las rentas variables (del 4,5% al 8% -folio 346 del Expediente-).

Se trata de una comisión fijada por AENA en un 8% sobre el total de las ventas de las empresas de todos los aeropuertos y la CNMC acepta la explicación de AENA de que la renta variable debe subir del 4,5% al 8% porque AENA ha reducido las rentas fijas cuando, en realidad, las rentas fijas no han bajado, sino que han subido de media en los principales aeropuertos españoles un 50%.

En tercer lugar, la CNMC solo revisó los datos sobre ingresos de AENA hasta 2015, momento en el que aún no eran aplicables los precios de la Licitación de 2015, que entró en vigor en noviembre de 2016 y que solo pudieron producir efectos sobre los ingresos de AENA a partir de esa fecha.

Debieron analizarse los ingresos de AENA a partir de noviembre de 2016, momento en el que se comenzó a aplicar el precio abusivo. La CNMC no lo hizo y, por ello, la Resolución debe anularse ya que el indicio relativo a los ingresos de AENA ha sido analizado de forma errónea.

Destaca, por otro lado, la existencia de cuatro indicios de la existencia de precios abusivos que citados por ATESA en su denuncia fueron ignorados en la resolución y no valorados.

El 30% de las licencias ofertadas por AENA no han recibido oferta alguna por parte de los operadores.

AENA aplicaba precios más competitivos en otros mercados geográficos como el aeropuerto de Luton (Reino Unido) en los que, a diferencia de lo que ocurre en España, sí está sujeta a competencia.

Finalmente, que la CNMC no ha realizado ningún análisis económico especializado en este caso. Un aumento de precios de un 78% en las rentas variables y de un 50% de media en las rentas fijas mínimas de los principales aeropuertos en España requieren, como mínimo, el "análisis económico especializado" que la propia CNMC dice que es necesario.

Considera que la falta de diligencia de la CNMC permite a AENA fijar precios abusivos, excluir del mercado a empresas de alquiler que no pueden pagar esos precios y, en definitiva, crear unas condiciones de mercado mucho menos competitivas.

El usuario final que alquila un coche en un aeropuerto español es el último perjudicado al negársele el acceso al servicio de empresas más competitivas que ocupen, por ejemplo, ese 30% de mostradores que AENA ha dejado desiertos a través de una política de precios abusiva.



Si a todo a ello sumamos el hecho de que las empresas que sí han obtenido un mostrador necesitan repercutir aguas abajo los costes de los precios abusivos de AENA, el usuario final se encuentra ante un mercado de alquiler de coches directamente despoblado en un 30% y en un 70% influenciado por los precios excesivos de AENA que se podrían trasladar al cliente final.

El afectado por el abuso de AENA y por la dejación de la CNMC en la Resolución es, en definitiva, el cliente final que alquila un coche en un aeropuerto en España. La CNMC se encarga de la protección de la libre competencia en España.

TERCERO.- La resolución recurrida se dicta al amparo de lo dispuesto en el art. 49.3 de la Ley 15/2007, según el cual "3. El Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, a propuesta de la Dirección de Competencia, podrá acordar no incoar los procedimientos derivados de la presunta realización de las conductas prohibidas por esta ley o por los artículos 101 o 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y el archivo de las actuaciones cuando considere que no hay indicios de infracción".

A partir de aquí debemos referirnos, en primer lugar, al ámbito del control judicial sobre esa decisión porque el Abogado del Estado sostiene que *"el inicio de un expediente sancionador es una potestad que exclusivamente corresponde a la Administración, y en concreto una potestad que no puede ser objeto de control jurisdiccional por responder su apertura no sólo a vulneraciones del Ordenamiento Jurídico sino también a la propia organización de la entidad. Es cierto que la Administración tiene que velar por la legalidad establecida, si bien existen comportamientos más dignos de reproche que otros, máxime teniendo en cuenta que la Administración no cuenta con suficientes medios para iniciar un expediente sancionador respecto de cualquier tipo de vulneración del Ordenamiento Jurídico. Incluso, es más, en el hipotético caso de que pudiera ser objeto de control jurisdiccional, la potestad se calificaría como potestad discrecional, y la decisión de archivo únicamente se podría modificar siempre que se probara que es arbitraria"*.

Es cierto, como se deduce del precepto transcrito que la decisión de no incoar un pronunciamiento sancionador corresponde exclusivamente a la Autoridad de Competencia, pero solo cuando considere que los hechos analizados no revisten caracteres de infracción de los arts 1 y 2 de la propia Ley pero no por razones de oportunidad o conveniencia. De hecho, la resolución recurrida no los invoca y el archivo de la denuncia responde a que no aprecia indicios de que AENA haya infringido ni el artículo 2 de la LDC ni el artículo 102 del TFUE.

A partir de aquí no corresponde a esta Sala sustituir la apreciación de la CNMC sino revisar la racionalidad de la decisión teniendo en cuenta que, como dijimos en la sentencia de enero de 2015, rec. 1841/2014, *"De la doctrina de las sentencias de fecha 18.9.1992 (asunto T-24/90, Automec/Comisión), y de 14.2.2001 (asunto T-115/99), 13.12.1999, asunto Européenne automobile/Comisión, asuntos T-9/96 y T-211/96) del Tribunal de Primera Instancia y del Tribunal Supremo antes mencionada de 4.3.2014, recurso 1995/11, se deduce que ese ámbito alcanza al control acerca de si "la decisión controvertida no está basada en hechos materialmente inexactos, no está viciada de ningún error de Derecho, ni tampoco de ningún error manifiesto de apreciación ni de desviación de poder. Todo ello con la finalidad de "examinar atentamente los elementos de hecho o de derecho puestos en su conocimiento por la parte denunciante, con el fin de determinar si dichos elementos revelan una conducta que pueda falsear el juego de la competencia dentro del mercado común". Incluso en la STS de 4.3.2014 el Tribunal Supremo se llegó a declarar la existencia de una infracción que la CNC no consideró como tal cuando archivó el expediente. A este ámbito centraremos nuestro examen, tratando de respetar las potestades intrínsecas de la Administración en cuanto al ejercicio de la potestad sancionadora, como es la relativa a la procedencia de una sanción y a la fijación de la cuantía de la misma (STPI de 28.9.1992, párrafo 93)"*

CUARTO.- La resolución recurrida reconoce la posición de dominio de AENA en el mercado de las concesiones de espacios aeroportuarios para el desarrollo de servicios de alquiler de vehículos sin conductor, pues en la medida en que las concesiones las otorga únicamente AENA para cada uno de los aeropuertos por ella gestionados, AENA es el operador dominante.

La conducta abusiva denunciada afectaría al mercado de las concesiones para la explotación de espacios para la prestación de servicios de alquiler de vehículos sin conductor en los aeropuertos, dado que AENA es el único operador que puede hacerlo, pero el mercado en el que se producirían los efectos del supuesto abuso sería el mercado aguas debajo de prestación de servicios de alquiler de vehículos sin conductor y actividades complementarias, en el que AENA no puede considerarse como operador.

A partir de ahí para determinar si los importes de las Renta Mensual Fija (MF) y Renta Variable (RV), constituyen precios excesivos, dice que se puede partir del análisis realizado en algunos precedentes nacionales, que se apoyan en la jurisprudencia y en el análisis económico especializado.



AENA tiene una posición de dominio derivada de la normativa sectorial que le permite imponer precios, no existe la posibilidad de nuevos entrantes ante subidas de las tarifas y la demanda es relativamente inelástica.

Analiza el tratamiento de los parámetros Renta Fija Mensual y Renta Variable ya que el supuesto abuso denunciado se derivaría de los valores de las RMF mínimas, y de la subida del 4,5% al 8% de la RV en comparación con los valores del proceso de licitación anterior que toma como referencia la denunciante.

Así, dice que hay que distinguir entre el valor de las RFM mínimas (rentas de contratación mínimas) que establece AENA como mínimo en el Pliego y las Rentas que voluntariamente ofrecen las empresas, quienes son libres de ofrecer la Renta que deseen, y que constituyen el reflejo del valor económico que otorgan a la licencia, de modo que cuanto más valioso sea el espacio en un aeropuerto, en el sentido de que los beneficios esperados de esa explotación sean mayores, mayor será también la renta ofrecida por los operadores económicos para hacerse con la licencia.

A su juicio, este es un comportamiento de los oferentes, que nada tiene que ver con la actuación de AENA porque la diferencia entre las Rentas mínimas establecidas por AENA y las ofrecidas por cada empresa estarían revelando el valor económico que tiene el espacio en cada aeropuerto para los licitantes y no un supuesto abuso de AENA por fijación de precios excesivos.

Explica que no es posible comparar las rentas mínimas de licitación del proceso anterior con las actuales obviando que la rentas que efectivamente se viene satisfaciendo por los operadores que resultaron adjudicatarios en el proceso anterior no son aquellas rentas mínimas; sino las rentas resultantes de las ofertas presentadas por ellos mismos, superiores a las mínimas y actualizadas según el IPC.

En segundo lugar, el comportamiento de AENA con respecto a la Rentas no es discriminatorio, puesto que en cada aeropuerto todas las empresas se han enfrentado a la misma Renta Mensual Fija definida por AENA. Las empresas que ya estaban operando en los aeropuertos no siempre permanecen mientras que otras resultan adjudicatarias.

Finalmente, explica la subida de la RV del 4,5 al 8%. AENA ha determinado las Rentas Mínimas de Contratación para cada aeropuerto y que constituyen el umbral mínimo que han de tener las Rentas Mensuales Fijas en la licitación C/DEC/219/15 objeto de denuncia, a partir de los cánones fijos abonados por los concesionarios actuales en el concurso anterior y justifica las diferencias de RFM entre aeropuertos a partir de las características de los mismos.

AENA ha explicado los cálculos realizados tomando como punto de partida los valores medios actualizados, para cada aeropuerto, de las Rentas por las que efectivamente se adjudicaron las licencias en el contrato anterior, que eran superiores a los valores iniciales de licitación y que han sido actualizados a lo largo del periodo de duración del contrato. Aunque en algunos aeropuertos las RFM han sido superiores, el total de las RFM así calculadas ha supuesto una reducción del importe medio de las RFM del conjunto de todos los aeropuertos licitados respecto a los valores derivados del contrato anterior.

Por otro lado, ha explicado cómo la subida del porcentaje de la Renta Variable se produce para compensar la reducción de las rentas fijas que en este expediente no se actualizan anualmente y, mantener así, el parámetro Renta Total $[(RMF+RV)/Ventas]$ en los mismos términos que en el contrato anterior para el conjunto de los aeropuertos.

En este sentido, existe una explicación razonable para los precios observados; asimismo, las pujas de otras empresas de alquiler de automóviles por las licencias en los distintos aeropuertos, significativamente por encima de la renta mínima fijada por AENA, ponen en cuestión la presunta falta de equidad de estos precios.

Entiende por ello acreditada la relación directa entre la renta ofrecida y la probabilidad de obtener la licencia; pero los valores fijados en los términos expuestos, en principio, no revelan que sean excesivas, ni por explotativas ni por discriminatorias.

QUINTO.- La lectura de la resolución recurrida pone de relieve que la conclusión a la que llega es fruto del análisis del pliego, la comparativa de precios ofertados por ATESA y la información ofrecida por AENA tras los requerimientos a los que fue sometida.

La nulidad de la resolución recurrida que pretende ATESA obedece, en primer lugar, a que hay una serie de indicios que puso de manifiesto en su denuncia y que no fueron valorados.

Efectivamente en la Denuncia de abril de 2016, Atesa aportó datos que señalaban que AENA aplicaba precios más competitivos (i) en el aeropuerto de Luton en Reino Unido (folio 287 del expediente) y (ii) en las estaciones ferroviarias de alta velocidad en España. (folios 287 y 288).

Tampoco analiza el dato de que un 30% de los mostradores licitados por AENA en 2016 no recibió oferta alguna por parte de las empresas de alquiler de vehículos. La resolución recurrida recoge que el nuevo expediente de licitación supuso un aumento del número de licencias disponibles de casi un 14%, respecto de la convocatoria anterior. Es decir, en el contrato anterior de 2008 se ofertaron 192 licencias o mostradores y se adjudicaron 156 mientras que en el de 2016 se ofertaron 218, es decir, un 14% más y sin embargo se adjudicaron solo 152, un 30% sin que la CNMC valorase ese dato como posible reflejo de un excesivo incremento de precios.

La resolución recurrida dice que si aplicamos un criterio comparativo "estamos en presencia de precios excesivos cuando el operador, haciendo uso de su posición de dominio, obtiene unos beneficios que no habría obtenido de haber habido una competencia suficiente (United Brands Company vs Commission, parágrafo 249).

Si acudimos a esa sentencia del TJUE de 14 de febrero de 1978, en el asunto 27/76, dice que:

" debe, pues, determinarse si la empresa que ocupa dicha posición utilizó las posibilidades que se derivan de ella para obtener en sus transacciones ventajas que no habría conseguido en caso de competencia practicable y suficientemente eficaz"

Sin embargo, insiste la actora, ese análisis no se realiza.

Es cierto que esos elementos que efectivamente fueron mencionados en la denuncia no fueron valorados pero esa circunstancia, en sí misma no es determinante de la nulidad de la resolución pues tampoco razona ATESA qué consecuencia extrae de ello. Es decir, no demuestra que esos datos tomados de forma aislada o en conjunto pueden acreditar que efectivamente AENA abusó de su posición de dominio para incrementar los precios.

Por ejemplo, que el 30% de los mostradores licitados por AENA en 2016 no recibiera oferta alguna por parte de las empresas de alquiler de vehículos puede no deberse al incremento del precio sino a la falta de interés de aquellas como veremos a continuación.

Lo determinante, a juicio de la Sala es si el razonamiento empleado por la resolución recurrida en virtud de los datos que ha tomado en consideración es correcto y razonable para llegar a la conclusión de que no se advierte un abuso de la posición de dominio de AENA y si esos indicios no valorados son relevantes en el sentido de que de haberse valorado se habría acreditado el abuso.

SEXTO.- La expresión las empresas son "libres de ofrecer la Renta que deseen" en sus ofertas a AENA, no es errónea pues el propio pliego de condiciones dice que:

"Las Rentas Fijas (RF) propuestas por el candidato en cada mensualidad, deberán ser iguales o superiores a las indicadas para esa misma mensualidad en el Cuadro de Condiciones para la contratación del Presente Pliego. Además, deberán ser iguales o superiores a las ofertadas para el año anterior quedando excluida la oferta en caso de no cumplirse alguno de ellos. [...]. b) Porcentajes de Renta Variable Los porcentajes de Rentas Variables (RV) propuestos por el candidato en cada (...), no son licitables, por lo tanto, deberán ser iguales a los que se detallan en el Cuadro de Condiciones para la Contratación del presente Pliego quedando excluida la oferta en caso de no cumplirse este requisito".

La propia resolución recurrida dice que "las denominadas Rentas Mínimas de Contratación (impuestos excluidos) que serán las que resulten de la propuesta seleccionada y que no pueden ser inferiores en ningún caso a las que se detallan a continuación..."

La expresión no es errónea ni induce a error pues lo que quiere decir es que sobre ese coste mínimo la empresa emite su oferta libremente en función de su expectativa de ganancia.

A esa idea responde la resolución recurrida cuando dice que *"hay que distinguir entre el valor de las RFM mínimas (rentas de contratación mínimas) que establece AENA como mínimo en el Pliego y las Rentas que voluntariamente ofrecen las empresas, quienes son libres de ofrecer la Renta que deseen, y que constituyen el reflejo del valor económico que otorgan a la licencia, de modo que cuanto más valioso sea el espacio en un aeropuerto, en el sentido de que los beneficios esperados de esa explotación sean mayores, mayor será también la renta ofrecida por los operadores económicos para hacerse con la licencia. Este es un comportamiento puramente racional y legítimo de los oferentes, que nada tiene que ver con la actuación de AENA. "*

Al tener en cuenta ese interés particular de cada empresa que concreta su oferta, entendemos también correcta la afirmación de la resolución recurrida cuando dice que *"no es posible comparar las rentas mínimas de licitación del proceso anterior con las actuales obviando que la rentas que efectivamente se viene satisfaciendo por los operadores que resultaron adjudicatarios en el proceso anterior no son aquellas rentas mínimas; sino las*

rentas resultantes de las ofertas presentadas por ellos mismos, superiores a las mínimas y actualizadas según el IPC. "

A juicio de la Sala, aunque tiene razón la resolución recurrida en que hay que comparar términos homogéneos, es decir, la rentas mínimas del 2008 con las de 2016 para determinar el incremento, pero, además, sostiene que

La recurrente sostiene que "la CNMC no comparó las rentas mínimas fijas ("precios de salida") en 2008 y 2016. En su lugar, la CNMC comparó los "precios de salida" de 2016 con las ofertas presentadas por las empresas en 2008 ("precio al alza").

Todo ello porque (erróneamente) pensaba que "las empresas son libres de ofrecer la Renta que deseen".

Es cierto que las empresas no son libres porque han de partir del precio mínimo fijado por AENA y en caso contrario quedan fuera de la licitación, pero no significa que el método comparativo sea erróneo.

La resolución recurrida compara el expediente 2008/2016 de un lado y el 2016/2022 de otro en relación al importe de las licencias en los 39 aeropuertos españoles

En el primero, parte del importe de licitación por cada licencia en 2008 y el precio de adjudicación de cada licencia actualizado en 2015. La actualización corresponde al IPC acumulado del periodo 2008/2015 que es del 10,8%.

En el segundo expediente fija también el precio de adjudicación de la licencia en 2016.

Lo que compara la resolución recurrida es el precio medio de adjudicación de la licencia en 2015 y el precio medio de adjudicación de la licencia en 2016. Hay que tener en cuenta el precio medio porque en algunos aeropuertos en 2016 el número de licencias ofertadas varía.

Pues bien, a juicio de la Sala, la comparación no puede hacerse entre la renta fija mínima de 2008 y la de 2016 pues en ese caso, el incremento del precio se produce en todos los aeropuertos, salvo León, Valladolid y Vitoria y además dicho incremento es elevado. Por ejemplo, en el caso de Madrid la renta mínima se fija en 65.000 euros en 2008 Y PASA a 80.517 euros en 2016.

Lo que resulta necesario comparar son los importes de adjudicación de las licencias que reflejan efectivamente el valor económico que las empresas otorgan a la licencia, de modo que cuanto más valioso sea el espacio en un aeropuerto, en el sentido de que los beneficios esperados de esa explotación sean mayores, mayor será también la renta ofrecida por los operadores económicos para hacerse con la licencia.

Es verdad que la resolución no expresa el importe de adjudicación de la licencia en 2008 a efectos de su comparación con el de 2016 pero la actora no lo cuestiona ni tampoco lo solicitó.

En 23 de los aeropuertos el precio medio de adjudicación de la licencia en 2016 es inferior al de 2015.

Por otra parte, ATESA, que se queja de que la resolución recurrida no ha valorado una serie de indicios no hace referencia alguna en su demanda a los datos que respecto a sus ofertas se describen en la resolución recurrida.

Así, dice esta que:

"En el aeropuerto de Palma de Mallorca, en 2015, con el pliego controvertido, ATESA presentó oferta por 81.334 €, (sobre una RFM mínima de 81.311); sin embargo, en 2008 resultó adjudicataria por 83.500 € y en 2016 (por revalorización IPC) abonaba una cifra de 92.905 €.

En el aeropuerto de Barcelona, en 2015, con el pliego controvertido, presentó oferta por 100.009€ (sobre una RFM mínima de 98.470), en 2008 resultó adjudicataria por 112.600 € y en 2016 abonaba un importe actualizado de 125.282 €.

Situación similar sucede en los siguientes aeropuertos, donde ATESA ha obtenido adjudicación de un espacio por un importe inferior al que venía pagando bajo el contrato anterior:

Contrato 2008-2016 Contrato 2016-2022

Importes pagados por ATESA

Aeropuerto 2008-2016 (por IPC) RFM (Mínimo) Importe ofertado por ATESA

Ibiza 26.780 29.796 27.825 27.842

Valencia 45.890 51.059 36.359 36.360

Sevilla 30.095 33.485 24.843 25.834



Bilbao 21.760 24.211 17.900 18.334

Situación similar ocurre en los casos de los aeropuertos de Santiago, Santander, Vigo, Menorca o Jerez.

En otros aeropuertos donde ATESA optó por no presentarse, la RFM mínima fijada en el expediente de 2015 era superior a lo que ATESA venía pagando en esos aeropuertos, pero esta renta mínima de la licitación de 2015 es inferior a lo que habían pagado otros adjudicatarios. Por ejemplo, en el aeropuerto Málaga Costa del Sol, ATESA pagaba 47.580 (2008), 52.939 (2016) y la RFM mínima para el nuevo contrato de 2015 era de 70.117; ahora bien, la primera empresa adjudicataria en 2008 ya ofertó en aquel entonces por 86.323 (2008) y está pagando 96.046 en 2016. Los importes de las ofertas que resultaron adjudicatarias con el nuevo contrato oscilaron entre 92.726 y 80.055 €.

Igualmente sucede en el aeropuerto de Alicante, donde la RF Mensual de licitación en el expediente de 2015 era inferior (53.263 €) a las rentas máximas de los adjudicatarios en el contrato previo (62.500 en 2008; 65.540, en 2016), pero superior a la que venía pagando ATESA en dicho contrato (37.978, en 2008; 42.256 en 2016).

Finalmente, otro caso similar es el del aeropuerto de A Coruña, donde la RFM del contrato de 2015 era (5.994 €) superior a la renta de adjudicación de ATESA en el contrato anterior (5.090 en 2008, 5.663 en 2016) pero no a la más alta de adjudicación en 2008 (8.336€).

Asimismo, queda reflejado que ATESA ha ofertado rentas muy poco por encima de la RFM mientras que otras licitadoras han presentado ofertas muy superiores a las RFM.

la información aportada por AENA evidencia que las RFM medias de la nueva adjudicación (valores de adjudicación divididos entre el número de licencias) resultan inferiores a las RFM medias -importes actualizados a 2015- de la adjudicación anterior en 21 aeropuertos."

Sorprende a la Sala que la actora, no haga mención a la valoración específica que hace la resolución recurrida de sus ofertas concretas realizadas en aeropuertos determinados como al hecho de que en aquellos aeropuertos donde ATESA optó por no presentarse, la RFM mínima fijada en el expediente de 2015 era superior a lo que ATESA venía pagando en esos aeropuertos, pero esta renta mínima de la licitación de 2015 es inferior a lo que habían pagado otros adjudicatarios.

Estos datos, no discutidos por la recurrente impiden apreciar la existencia de un abuso de la posición de dominio de AENA al incrementar el importe de las rentas fijas

SÉPTIMO.- Por último, se queja la actora de que no se ha realizado un análisis económico, pero siendo cierto que como refleja el documento "Presentación de Resultados 2014 - AENA" (folios 226-271), " los ingresos de AENA derivados de sus actividades comerciales se han incrementado, pasando de 558 millones de euros en 2013 a 748 millones en 2015. Además, AENA también ha incrementado su EBITDA durante los últimos años" (folio 13).

Ello no significa que ese incremento de ingresos obedezca al aumento abusivo de precios que se denuncia porque según informa AENA:

" el porcentaje de los ingresos comerciales resultante de las concesiones de espacios aeroportuarios y, en particular, el de las concesiones para las empresas de alquiler de vehículos, ha disminuido en los años 2013 a 2015. Así, el porcentaje derivado de las concesiones alquiler de vehículos en relación a los ingresos comerciales ha pasado de un 14,1% (2013) a un 11,5% (2015); asimismo, el porcentaje de estos ingresos derivado de las concesiones alquiler de vehículos en relación al conjunto de los ingresos de AENA ha pasado un 3,4% (2013) a un 3,2% (2015) (folio 336)."

Es decir, que según estos datos que la actora no discute, en gran parte del periodo objeto de denuncia a pesar de que los ingresos de AENA se han incrementado el porcentaje de esos ingresos debidos a las concesiones de espacios aeroportuarios para las empresas de alquiler de vehículos ha disminuido. Dice la actora que deberían haberse tenido en cuenta los ingresos obtenidos a partir de noviembre de 2016 que es cuando se comenzó a aplicar el precio abusivo, pero ni solicitó ese dato en fase de prueba ni ha demostrado ese dato de algún otro modo.

Valorando en conjunto estos datos entiende la Sala que la decisión de archivo es razonable al no demostrarse la existencia de errores o indicios de arbitrariedad.

Procede, en consecuencia, la desestimación del recurso y la confirmación de la resolución recurrida.

OCTAVO.- Dada la desestimación del recurso, las costas habrán de ser satisfechas por la parte recurrente en aplicación de lo dispuesto en el artículo 139.1 de la Ley Jurisdiccional.

VISTOS los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,



FALLAMOS

1.- Desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Procurador D. Antonio Ortega Fuentes en nombre y representación de **AUTO TRANSPORTE TURISTICO ESPAÑOL (ATESA)**, contra la resolución de 24 de abril de 2017, del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, dictada en el expediente S/DC/0583/16, ATESA vs AENA, por la que se declara no incoar procedimiento sancionador y el archivo de las actuaciones a raíz de la denuncia presentada contra AENA por abuso de posición de dominio al no quedar acreditada la existencia de indicios de infracción del artículo 2 de la ley 15/2007 y art. 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, resolución que declaramos conforme a derecho.

2. Con expresa imposición de las costas a la parte recurrente.

La presente sentencia, que se notificará en la forma prevenida por el art. 248 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, es susceptible de recurso de casación, que habrá de 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.

Lo que pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENJTI