RESOLUCIÓN

CONFLICTOS ACUMULADOS PRESENTADOS POR IATA Y RYANAIR CONTRA EL ACUERDO DEL CONSEJO DE ADMINISTRACION DE AENA DE 21 DE DICIEMBRE DE 2021 EN EL QUE SE FIJAN LAS TARIFAS AEROPORTUARIAS PARA EL EJERCICIO 2022

CFT/DTSP/023/22

SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA

Presidente
D. Mariano Bacigalupo Saggese

Consejeros
D. Bernardo Lorenzo Almendros
Dª. Pilar Sánchez Núñez

Secretaria
Dª. María Angeles Rodríguez Paraja

En Madrid, a 24 de marzo de 2022

Vistos los conflictos presentados por IATA España y Ryanair DAC contra el Acuerdo del Consejo de Administración de Aena S.M.E., S.A. de fecha 21 de diciembre de 2021 en el que se fijan las tarifas aeroportuarias para el ejercicio 2022, la Sala de Supervisión Regulatoria, en el ejercicio de las competencias que le atribuye el artículo 39 de la Ley 18/2014, de 15 de octubre, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia, así como los artículos 10.5 y 12.1.c) de la Ley 3/2013 de 4 de junio, de creación de la CNMC y el artículo 14 del Estatuto Orgánico de la CNMC, aprobado por el Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, aprueba la siguiente Resolución:

TABLA DE CONTENIDO

I. ANTECEDENTES DE HECHO 3

PRIMERO. - Interposición de conflicto por IATA 3

SEGUNDO. - Interposición de conflicto por Ryanair 5

TERCERO. - Acumulación de los conflictos y comunicación de inicio del procedimiento 6

CUARTO. - Alegaciones de Aena 7

QUINTO. - Trámite de audiencia 9

SEXTO. - Alegaciones complementarias de Ryanair 10

SÉPTIMO. - Informe de la Sala de Competencia 11

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO 11

PRIMERO. - Existencia de un conflicto frente a la decisión de Aena de modificación de sus tarifas aeroportuarias para 2022 11

SEGUNDO. - Competencia de la CNMC para resolver el conflicto 11

TERCERO. - Procedimiento aplicable 12

CUARTO. - Consideraciones sobre las cuestiones objeto del presente conflicto y su tratamiento en resoluciones previas de la CNMC 13

RESUELVE 19

Único 19

I. ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. - Interposición de conflicto por IATA

Con fecha 5 de enero de 2022, tuvo entrada en el Registro de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante, CNMC) escrito de Don Rafael Schvartzman, Vicepresidente de IATA Europa, por el que presentó un conflicto ex artículo 39 de la Ley 18/2014, de 15 de octubre, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia (en adelante, Ley 18/2014) en nombre de las asociaciones IATA Europa y AIRE frente al Acuerdo del Consejo de Administración de Aena S.M.E., S.A. (en adelante, Aena) de fecha 21 de diciembre de 2021 por el que se fijan las tarifas aeroportuarias para el ejercicio 2022, que le fue notificado el día 30 del mismo mes.

Tras haber sido requerido por la CNMC el 25 de enero para que subsanase los defectos de representación observados en este primer escrito, comunicó el 27 de enero de 2022 a la CNMC que el conflicto quedaba presentado en nombre de IATA España S.L., con lo que se levantó la suspensión del plazo para resolver el conflicto y se dio por desistida a la asociación AIRE.

IATA España S.L. (en adelante, IATA) considera que el Acuerdo del Consejo de Administración de Aena por el que se fijan las tarifas para el ejercicio 2022 es contrario a Derecho por los siguientes motivos:

Aena no ha justificado la aplicación de una exención en materia de seguridad en el cálculo del índice P

En primer lugar, IATA solicita que no se incluya en el cálculo del índice P, el cual se utiliza para determinar las tarifas del ejercicio 2022, la exención que a su vez solicitó Aena durante el proceso de consultas para el valor correspondiente a la partida de seguridad.

En consecuencia debe aplicarse el valor P = 0,38% que es el valor menor entre la tasa de variación real de los costes de Aena y la tasa de variación interanual de un índice publicado por el INE para seguridad, mantenimiento y limpieza, conforme a lo previsto en el artículo 2.2 f) del 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 30 de mayo de desindexación de la economía española (en adelante, Real Decreto 162/2019).

El término de calidad del servicio prestado (parámetro B) debería excluirse del cálculo del IMAAJ

IATA considera que la situación de excepcionalidad provocada por el COVID-19 requiere de la suspensión de los indicadores de calidad hasta que se recupere

el tráfico a niveles previos a la pandemia. Así, "*[g]ratificar a Aena por la satisfacción de los pasajeros, la limpieza o la ausencia de colas de espera de seguridad en aeropuertos vacíos u operando a baja capacidad, resulta triplemente penalizador para las compañías aéreas. Por una parte, pagan los servicios de seguridad y limpieza incluidos en el DORA, además abonan más limpieza o seguridad como gastos de COVID y encima dan una bonificación a Aena por la calidad de los aeropuertos".*

Por ello, en línea con las conclusiones de la CNMC en su Informe al DORA II (Acuerdo de 16 de junio de 2021 por el que se emite el informe previsto en el artículo 25.3 de la Ley 18/2014 en relación al Documento de Regulación Aeroportuaria, Capítulo VII punto 4), IATA considera razonable que el sistema de incentivos de los indicadores de calidad se mantenga en suspenso hasta el momento en que se recuperen los niveles y el mix de tráfico previos a la pandemia, como se ha hecho en otros aeropuertos europeos.

La tarifa aplicable al ejercicio 2022 debe incorporar exclusivamente los gastos COVID-19 correspondientes al ejercicio 2020

La Ley 2/2021, de 29 de marzo, de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 (en adelante, Ley 2/2021) permite la recuperación de los gastos sanitarios y operativos incurridos por Aena con ocasión del COVID-19 (en adelante, costes COVID-19) en el marco del DORA. Sin embargo, no establece un plazo específico ello.

El Acuerdo del Consejo de Administración de Aena por el que se aprueban las tarifas correspondientes al ejercicio 2022 incluye los gastos realizados en el año 2020 y hasta septiembre de 2021, lo que supone un incremento de 0,8 euros por pasajero. Según IATA, únicamente los costes incurridos en 2020 deben recuperarse en la tarifa 2022, lo que supone un incremento de 0,34 euros por pasajero. Y ello por las siguientes razones:

En primer lugar, por seguridad jurídica, la recuperación de los costes COVID-19 debería seguir el principio temporal que rige los demás ajustes de la tarifa anual a las previsiones del DORA, que se aplican siempre dos años después. Por ello, aplicando esta misma metodología a los gastos COVID-19, los incurridos en 2021 se deben ajustar en la tarifa del ejercicio 2023.

En segundo lugar, IATA manifiesta que las aerolíneas están atravesando una situación financiera complicada y no están en situación de adelantar pagos de 2021 a Aena. Asimismo, aunque se capitalice al 6% la cantidad correspondiente a 2021, debido al previsto aumento de pasajeros en 2023, las aerolíneas abonarán por pasajero una cifra inferior sumando lo previsto en 2022 y 2023, lo que generará un impacto más sostenible para ellas aun cuando Aena reciba una cuantía mayor. Por otro lado, las tarifas aplicables en 2022 serán clave para la recuperación del tráfico aéreo y cualquier disminución de los cargos adicionales

ayudaría a compensar los costes crecientes a los que tienen que hacer frente los pasajeros y permitiría la recuperación más rápida de las aerolíneas, y en definitiva del turismo, mediante unas tarifas más competitivas. Por todo ello, considera IATA que esta valoración debe prevalecer sobre el principio de estabilidad de la senda tarifaria.

Por ello propone a la CNMC revisar en consecuencia el cálculo de la tarifa aeroportuaria acordada por Aena para 2022, por no ser coherente con el espíritu de la Ley 18/2014 ni con los principios de eficiencia y fiabilidad que emanan del DORA.

SEGUNDO. - Interposición de conflicto por Ryanair

Por otra parte, con fecha 26 de enero de 2022, tuvo entrada en el Registro de la CNMC un escrito suscrito por el representante de Ryanair Designated Activity Company (en adelante, Ryanair) en el que muestra su disconformidad con el citado Acuerdo de 21 de diciembre de 2021 del Consejo de Administración de Aena, por discrepar con la recuperación de los costes COVID-19 y con el ajuste del parámetro B incorporados por Aena en la determinación de las tarifas aeroportuarias aplicables en el ejercicio 2022.

El escrito de interposición de conflicto se resume en los términos recogidos a continuación:

La recuperación de costes COVID-19 en la tarifa de 2022 constituye un abuso de la posición de dominio de Aena

Aunque la Ley 2/2021 establece que Aena tiene derecho a recuperar los costes COVID-19, Ryanair considera que no está obligada a hacerlo y que no podría hacerlo en un mercado competitivo. Por ello, el traspaso a las tarifas aeroportuarias de 138 millones de euros correspondientes a los costes COVID-19, que da lugar a un recargo de 0,80 euros por pasajero y supone un aumento del 9% en el IMAAJ para 2022 (versus el IMAAJ aplicable según lo determinado en el DORA I y DORA II), constituiría, según Ryanair, un abuso de la posición de dominio de Aena contrario al artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

Afirma Ryanair que ningún otro aeropuerto europeo ha traspasado los costes derivados del COVID-19 a los usuarios del aeropuerto. Dada la posición dominante en el mercado de Aena, considera que este recargo constituye un precio excesivo y consecuentemente un abuso de su posición de dominio.

La recuperación de los costes COVID-19 genera incertidumbre regulatoria

Según Ryanair la propuesta de Aena de recuperar 21 meses de costes COVID-19 en las tasas aeroportuarias de 2022 desestabiliza la certidumbre normativa y procesal, ya que bajo el DORA I y el DORA II los parámetros de ajuste del IMAAJ

se aplican típicamente dos años después, con lo que únicamente podrían trasladarse a las tarifas de 2022 los costes correspondientes al ejercicio 2020. Esta opinión fue compartida por una gran parte de los usuarios del aeropuerto en las consultas. Por todo ello solicita que sólo se incluyan los costes COVID-19 incurridos en 2020 ya que de otra forma la metodología de Aena sería defectuosa, lo que constituiría también un abuso su posición de dominio.

Los costes COVID-19 no deberían capitalizarse o al menos la tasa de capitalización utilizada para ello debería ser más baja para reflejar las condiciones reales de mercado

De manera no intencionada la Ley 2/2021 otorga a Aena un incentivo para maximizar los costes COVID-19 al permitir su capitalización. Así, Aena ha utilizado el coste medio ponderador de capital (en adelante, WACC por sus siglas en inglés) del DORA I y DORA II (respectivamente 6,98% y 6,02%) para capitalizar los costes propuestos, en lugar de una tasa más reducida como sería el 2% que, según Ryanair, sería el que corresponde aplicar a la financiación de estas medidas sanitarias y operativas. Además, el nivel de detalle proporcionado a los usuarios aeroportuarios sobre la recuperación de los costes COVID-19 es inadecuado, por lo que solicita a la CNMC que los analice para garantizar que los mismos sean válidos y reflejen la totalidad de lo acontecido.

El valor del parámetro B para las tasas aeroportuarias de 2022 debe ser 0%

Según Ryanair cualquier valor distinto de 0% tiene el efecto de recompensar a Aena por operar aeropuertos que han reducido significativamente el número de pasajeros durante la pandemia, lo que es contrario a la respuesta estándar de la industria europea a la situación creada por la pandemia.

TERCERO. - Acumulación de los conflictos y comunicación de inicio del procedimiento

Con fecha 2 de febrero de 2022, la CNMC dispuso la acumulación de los conflictos por tener idéntico objeto y fundamento de conformidad con lo dispuesto en el artículo 57 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPAC) y el artículo 40 de la Ley 18/2014. Dicha acumulación fue comunicada el 3 de febrero mediante escrito de la Directora de Transportes y Sector Postal de la CNMC en el que se notificó a las partes el inicio del procedimiento administrativo, en cumplimiento de lo establecido en el artículo 21.4 de la LPAC.

En dicha comunicación, se dio traslado a Aena de los escritos presentados por IATA y Ryanair y se le confirió un plazo de diez días para formular alegaciones y aportar los documentos que estimase convenientes en relación con el objeto del conflicto.

CUARTO. - Alegaciones de Aena

El 15 de febrero de 2022 se recibieron alegaciones de Aena, en las que se manifiesta resumidamente lo siguiente en relación con el objeto del conflicto planteado:

Valor del índice P

En relación con la solicitud de reducción del índice P y de inaplicación de la regla de "excepcionalidad" establecida en el Real Decreto 162/2019, Aena pone de manifiesto que esta cuestión ya ha sido considerada y resuelta por la CNMC en su Resolución de 30 de noviembre de 2021 sobre el índice P aplicable a las tarifas aeroportuarias de AENA S.M.E., S.A. en el ejercicio 2022, por la que se aprueba fijar el valor de dicho índice en 0,38% (en lugar del 0,40% propuesto inicialmente por Aena) en la determinación del IMAAJ de 2022, y que este valor, determinado por la CNMC, es el que ha sido incorporado por Aena en el Acuerdo de actualización tarifaria.

Valor del Parámetro B

Por lo que se refiere a la aplicación del parámetro B de 2020, Aena alega que el valor 0,12% incorporado en el Acuerdo de su Consejo de Administración es, conforme a lo dispuesto en el artículo 33 de la Ley 18/2014, el determinado por la Agencia Estatal de Seguridad Aérea (en adelante, AESA) en su Informe Anual de Supervisión Técnica Aeroportuaria de fecha 2 de junio de 2021. Además, para su determinación AESA aplicó una corrección en su método de cálculo por razones excepcionales derivadas de la pandemia que ya tuvo en cuenta, por tanto, la necesidad de evitar la distorsión en el sistema de incentivos ocasionada por la modificación de los niveles de tráfico y su distribución a lo largo del año, aducida por IATA y Ryanair como motivo para justificar la inaplicación del parámetro.

E indica que esta corrección realizada por AESA es coherente con la recomendación de la CNMC, contenida en su Informe al DORA II, consistente en mantener el sistema de incentivos temporalmente en suspenso, al menos en relación con los indicadores que mejoran automáticamente por la mera reducción del tráfico, hasta el momento en que se recuperen los niveles y el *mix* de tráfico previos a la pandemia. Pone de manifiesto Aena que AESA, si bien no llega a dejar el sistema en suspenso, sí incorpora una corrección metodológica al parámetro atendiendo a las particulares circunstancias en que se desarrolló la gestión aeroportuaria en 2020 con ocasión de la pandemia, y extiende la corrección a un mayor número de indicadores que los considerados en el análisis de la CNMC, motivando adecuadamente su decisión. Así, AESA incluyó en el cómputo del parámetro B los resultados obtenidos durante el primer trimestre de 2020 anteriores a la declaración del Estado de Alarma, suspendió o interrumpió el cómputo de los indicadores de calidad durante la vigencia del mismo, determinó las mediciones de los indicadores que debían mantenerse válidos a

partir del mes de octubre de dicho año y moduló los resultados del parámetro B en función del tráfico registrado en cada mes en comparación con los datos del ejercicio 2019.

Por último, Aena considera que constituiría un incentivo perverso con graves efectos en la gestión aeroportuaria la suspensión temporal del sistema de incentivos y penalizaciones en relación con todos los indicadores de calidad hasta el momento en que se recuperasen los niveles y el *mix* de tráfico previos a la pandemia, debiendo seguir siendo aplicados y valorables aquellos indicadores que no se vean afectados por la situación de pandemia.

Recuperación de los costes COVID-19

Frente a la argumentación de Ryanair según la cual la inclusión de los costes COVID-19 en las tarifas aeroportuarias constituiría por sí misma un abuso de la posición de dominio de Aena, ésta alega, en primer lugar, que la posición de dominio de un operador no le impone la obligación de soportar unos costes sin que estos puedan ser trasladados en ningún caso a la contraprestación que se recibe por la prestación del servicio al que son imputables, máxime cuando, como en este caso, Aena no está aplicando ningún margen adicional a estos costes y no obtiene ninguna ventaja adicional ya se trata de costes impuestos por la normativa, incurridos, auditados, transparentes y destinados a salvaguardar un interés general.

En segundo lugar, la recuperación de dichos costes encuentra amparo expreso en la disposición adicional primera de la Ley 2/2021, que exige, además, la existencia de un convenio previo entre el gestor aeroportuario y el Ministerio de Sanidad donde se establecen los servicios que se deben prestar y cuyos costes son recuperables mediante las tarifas aeroportuarias. Asimismo, la recuperación de estos costes en el marco de la regulación de las tarifas aeroportuarias se establece en el Acuerdo del Consejo de Ministros que aprueba el DORA II y es compatible con las *International Health Regulations* (art. 40). Por último, la determinación de los costes se ha realizado previa tramitación del correspondiente procedimiento administrativo, que finalizó con la Resolución de la CNMC de 9 de diciembre de 2021 sobre la supervisión de los costes sanitarios y operativos en los que ha incurrido Aena como consecuencia de la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 en el período comprendido entre enero de 2020 y septiembre de 2021, habiéndose tenido en cuenta únicamente los costes imputables a las actividades reguladas. Por todo ello, la traslación a las tarifas de 2022 de los costes COVID-19 así reconocidos por la CNMC, no puede calificarse como precio excesivo o injusto constitutivo de un abuso de posición de dominio del gestor aeroportuario. Además, esta cuestión no debería ser objeto de un conflicto tarifario sino de otro procedimiento ante la Dirección de Competencia de la CNMC.

En cuanto a la recuperación de los costes COVID-19 correspondientes al periodo comprendido entre enero y septiembre de 2021 en las tarifas de 2022, considera

Aena que la pandemia y los costes originados por la misma responden a una situación extraordinaria que no puede ser tratada con el mismo enfoque metodológico que los demás ajustes del DORA. Por eso no procede la aplicación del principio de temporalidad de dos años que en la Ley 18/2014 se establece para los ajustes anuales en las tarifas. De hecho, la legislación específica de estos concretos costes permitía la posibilidad de aplicar la recuperación en el DORA I o en los siguientes DORAs.

Por otra parte, la imputación de la cifra de costes asumidos por Aena y reconocidos por la CNMC a las tarifas de 2022 permite, además, suavizar la senda tarifaria, evitando subidas bruscas de las tasas que podrían generar una percepción negativa y un impacto en la recuperación de la demanda en 2023.

Además, si no se repercutieran este año los costes correspondientes al periodo controvertido se imputaría posteriormente a las compañías aéreas un coste adicional correspondiente a la debida capitalización del WACC aprobado en el DORA.

Finalmente, por lo que se refiere a la propuesta de Ryanair de que los costes no se capitalicen o lo hagan a una tasa más baja que el WACC reconocido a Aena en los DORA I y II, Aena alega que la Ley 2/2021 prevé expresamente la capitalización de estos costes para su recuperación en el DORA II y siguientes, y así lo han reconocido las compañías durante el procedimiento de consultas. Por otra parte, la Ley 18/2014 en su anexo VIII reconoce el coste de capital como uno de los elementos integrantes de los ingresos regulados requeridos y establece que su cálculo se determinará en el DORA, por lo que Aena considera que, para la debida capitalización de los costes COVID-19, los valores utilizados han de ser los establecidos en los documentos de los quinquenios 2017-2021 y 2022-2026, 6,98% y 6,02%, respectivamente.

En virtud de lo anterior solicita de la CNMC que dicte Resolución expresa por la que acuerde desestimar íntegramente los conflictos tarifarios interpuestos por IATA y Ryanair y declare la adecuación y aplicabilidad de la actualización de las tarifas aeroportuarias aprobadas por Aena para el ejercicio 2022.

QUINTO. - Trámite de audiencia

Una vez instruido el procedimiento, mediante escrito de 16 de febrero de 2022 se otorgó a los interesados el correspondiente trámite de audiencia, de conformidad con lo establecido en el artículo 82 de la LPAC.

Con fecha 21 de febrero de 2022 Ryanair solicitó acceso al expediente, que le fue remitido el 22 de febrero de 2022.

SEXTO. - Alegaciones complementarias de Ryanair

El 3 de marzo de 2022 Ryanair presentó un escrito de alegaciones en el que solicita se rechace la solicitud de Aena de desestimación del conflicto e insiste en los siguientes puntos:

El parámetro B debería ser 0

Ryanair alega que el Informe inicial de AESA sostenía que el parámetro B debería ser 0. Con su cambio de criterio tras el trámite de audiencia a Aena, en el Informe final AESA propone a los usuarios del aeropuerto que paguen mayores tasas porque Aena tuvo resultados positivos de calidad de servicio durante 6 meses en 2020 y sin embargo les protege de penalizaciones debidas a los retrasos en las inversiones estratégicas (RI) y a las desviaciones de gastos de inversión y explotación (D) que los usuarios ya han pagado a través de las tasas del DORA I. Además, Ryanair manifiesta que los usuarios del aeropuerto no fueron consultados en esta negociación entre AESA y AENA sobre el parámetro B, incumpliendo los requisitos de consulta.

La recuperación de los costes COVID-19 constituye un abuso de posición dominante en el mercado

Ryanair alega, en primer lugar, que la decisión de Aena de recuperar los costes COVID-19 mediante un recargo de 0,80 euros en sus tarifas constituye un abuso de posición de dominio por precios excesivos en la medida en que ningún otro aeropuerto europeo ha repercutido los costes COVID-19 en sus tarifas, como tampoco lo han hecho los aeropuertos de Castellón, Lleida-Alguaire y de Andorra-La Seu d'Urgell, que no forman parte de la red de Aena y no son dominantes.

En segundo lugar, Ryanair considera que Aena ha incluido entre los 138 millones de euros de costes COVID-19, gastos que no se derivan de las medidas sanitarias y operativas de seguridad e higiene que debieran adoptarse como consecuencia de la pandemia y/o que no están directamente relacionados con la prestación de los servicios aeroportuarios básicos, como pueden ser los gastos por teletrabajo o los costes de aeropuertos que no han recibido tráfico de pasajeros, como el de Albacete, lo que sería contrario a lo dispuesto en los artículos 30 y 32 de la Ley 18/2014, el artículo 68.2 de la Ley 21/2003, de 7 de julio, de Seguridad Aérea y en la Directiva de Tasas Aeroportuarias.

Asimismo, sostiene Ryanair que resulta incoherente considerar que estos costes pueden recuperarse en el marco del DORA pero no pueden recuperarse utilizando la estructura de n+2 establecida en el propio DORA.

Por último, insiste Ryanair en que estos costes no deberían capitalizarse a los niveles del WACC de los DORAs. Primero, porque se trata fundamentalmente de inversiones temporales que no deberían capitalizarse o hacerlo, en su caso,

a un tipo de interés más bajo, como se hace habitualmente cuando se retrasan los pagos.

Además, al capitalizar estos costes Aena también aumenta su base de activos y los rendimientos que obtiene, lo que tendrá por consecuencia un incremento no temporal de los costes en los aeropuertos y, consecuentemente, un incremento de las tasas aeroportuarias para recuperar estos costes, lo cual considera también abusivo.

SÉPTIMO. - Informe de la Sala de Competencia

Al amparo de lo dispuesto en el artículo 21.2 a) de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC (en adelante, LCNMC) y del artículo 14.2.i) del Estatuto Orgánico de la CNMC, aprobado por el Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, la Sala de Competencia de la CNMC ha emitido informe sin observaciones.

A los anteriores Antecedentes de Hecho les son de aplicación los siguientes

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - Existencia de un conflicto frente a la decisión de Aena de modificación de sus tarifas aeroportuarias para 2022

El conflicto se interpone en relación con la decisión de 21 de diciembre de 2021 del Consejo de Administración de Aena sobre la actualización de las tarifas aeroportuarias correspondientes al ejercicio 2022.

Concurre, por consiguiente, un conflicto en materia de tarifas aeroportuarias de Aena, que ha de resolverse sobre los antecedentes de hecho y fundamentos jurídicos aplicables a la actualización de dichas tarifas.

SEGUNDO. - Competencia de la CNMC para resolver el conflicto

La presente Resolución se dicta en ejercicio de la función de resolución de conflictos entre Aena y las asociaciones representativas de usuarios de los aeropuertos de la red de Aena planteados frente a las decisiones del gestor aeroportuario relativas a la modificación del sistema o nivel de sus tarifas aeroportuarias, que se atribuye a la CNMC en el artículo 12.1.c de la LCNMC en relación con el artículo 10.5 de la misma Ley.

Esta misma competencia está contemplada en el artículo 39 de la Ley 18/2014, según el cual la CNMC resolverá los conflictos que los usuarios aeroportuarios presenten frente a las decisiones de Aena relativas a la modificación del sistema o nivel de sus tarifas aeroportuarias, articulando para ello un procedimiento específico.

Dentro de la CNMC, corresponde a su Consejo aprobar esta Resolución, en aplicación de lo dispuesto por el artículo 14 de la citada LCNMC, que dispone que *"El Consejo es el órgano colegiado de decisión en relación con las funciones […] de resolución de conflictos atribuidas a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia sin perjuicio de las delegaciones que pueda acordar".* En particular, esta competencia recae en la Sala de Supervisión Regulatoria, de conformidad con el artículo 21.2 de la citada LCNMC y el artículo 14.1.b) del Estatuto Orgánico de la CNMC, aprobado por Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto.

De conformidad con el artículo 14.2.i) del Estatuto Orgánico, la Resolución ha sido sometida a informe cruzado favorable de la Sala de Competencia.

TERCERO. - Procedimiento aplicable

a) Plazo para la interposición del conflicto

El artículo 39.1 de la Ley 18/2014 dispone que el plazo para interponer conflicto es de veinte días desde la fecha de notificación del Acuerdo del Consejo de Administración de Aena sobre la actualización de sus tarifas aeroportuarias.

Dicho Acuerdo, de fecha 21 de diciembre de 2021, fue comunicado a la CNMC el 30 de diciembre siguiente. Los escritos de interposición de conflicto fueron presentados en el Registro de la CNMC en fecha 5 de enero y 26 de enero de 2022, de lo que se concluye que dicho conflicto ha de considerarse presentado dentro del plazo establecido para ello.

b) Otros aspectos del procedimiento

El procedimiento se rige por lo previsto en los artículos 39 y 40 de la Ley 18/2014.

Asimismo, con carácter general y según resulta de lo dispuesto en el artículo 2 de la LCNMC, en materia de procedimiento la CNMC se rige por lo establecido en su normativa de creación y, supletoriamente, por la actual LPAC.

Concretamente en lo relativo al carácter de la resolución que pone fin al procedimiento de conflicto, el artículo 12.2, párrafo segundo, de la LCNMC dispone lo siguiente:

"La resolución que dicte la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en los casos previstos en el apartado anterior será vinculante para las partes sin perjuicio de los recursos que procedan de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 36 de esta Ley".

CUARTO. - Consideraciones sobre las cuestiones objeto del presente conflicto y su tratamiento en resoluciones previas de la CNMC

El artículo 12.1. c) de la LCNMC delimita el alcance de la Resolución de la CNMC en materia de conflictos sobre tarifas aeroportuarias. Así, esta Resolución incluirá la modificación tarifaria revisada que proceda, que sustituirá al contenido de la decisión de Aena, 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.

Además, añade el precepto, la modificación tarifaria revisada por la CNMC deberá respetar el IMAAJ que resulte de aplicar las correcciones establecidas en el artículo 33 de la Ley 18/2014 al IMAP adoptado para el ejercicio en el DORA.

Dicho alcance, el control de las modificaciones tarifarias de Aena, coincide parcialmente con una de las finalidades de la actuación de supervisión del procedimiento de transparencia y consulta que puede finalizar con una decisión de la CNMC que sustituya a la decisión tarifaria de Aena, según el artículo 37 Ley 18/2014:

"*1. En el ejercicio de las funciones de supervisión del procedimiento de transparencia y consultas previsto en el artículo 10.1 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, la Comisión resolverá la inaplicación de las modificaciones o actualizaciones de las tarifas aeroportuarias fijadas por Aena, S.A., cuando estás se hayan realizado prescindiendo del procedimiento previsto en esta Sección en materia de transparencia y consulta de las tarifas aeroportuarias o no se ajuste, en su actualización, a lo previsto en esta Ley, y determinará de forma justificada, la modificación de las tarifas aeroportuarias que sustituirá al contenido de la decisión de Aena, S.A., con sujeción al ingreso máximo anual por pasajero ajustado (IMAAJ) aplicable*." (Subrayado añadido).

Por ello, 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.

En este caso concreto, las cuestiones objeto de conflicto son el cálculo del índice P aplicable para determinar el IMAP a partir del cual se determina el IMAAJ 2022, la aplicación del ajuste de calidad (parámetro B) al IMAAJ 2022 y la recuperación de los costes COVID-19 en el cálculo del IMAAJ 2022. Todos esos parámetros afectan a la determinación del IMAAJ 2022 y a la modificación de las tarifas aeroportuarias de Aena para el ejercicio 2022 y fueron aspectos controvertidos durante el procedimiento de transparencia y consulta de dichas tarifas, como

quedó reflejado en las actas y en los intercambios de comunicaciones que siguieron a las reuniones entre las partes.

Al ser coincidentes en lo sustancial con las posiciones de las partes intervinientes durante el procedimiento de transparencia y consulta de las tarifas 2022, los motivos del conflicto ya han sido valorados por la CNMC a la hora de adoptar la Resolución de 17 de febrero de 2022 de supervisión de las tarifas aeroportuarias aplicables por Aena SME, S.A., en el ejercicio 2022 (en adelante, Resolución de Supervisión de Tarifas 2022) (STP/DTSP/001/22), no habiéndose presentado en este procedimiento de conflicto alegaciones nuevas que contradigan las conclusiones allí alcanzadas.

Por lo que se refiere al valor del **índice P** que se utiliza en la determinación del IMAP conforme al Anexo VIII de la Ley 18/2014, el valor utilizado en el Acuerdo del Consejo de Administración de Aena es el mismo que solicita IATA. El valor del índice P (0,38%) fue determinado por la CNMC en el procedimiento administrativo STP/DTSP/047/21, regulado por el artículo 3 del Real Decreto 162/2019, que fue resuelto mediante Resolución de 30 de noviembre de 2021 sobre el índice P aplicable a las tarifas aeroportuarias de Aena S.M.E., S.A. en el ejercicio 2022 (en adelante, Resolución del Índice P), estableciendo motivadamente su valor en 0,38% frente al 0,40% propuesto por Aena durante el proceso de consultas. El Acuerdo de Aena ha utilizado el valor determinado por la CNMC en la Resolución del Índice P, y este mismo valor de 0,38% es el que ha utilizado la CNMC para la determinación del IMAAJ en la Resolución de Supervisión de Tarifas 2022. Por todo ello, la alegación de IATA debe ser desestimada por no existir controversia en este punto.

En cuanto al segundo motivo de conflicto y la propuesta de no incorporar al cálculo del IMAAJ el valor de 0,12% calculado por AESA para el **parámetro B,** al implicar una bonificación en favor de Aena por la calidad de los servicios prestados durante el año 2020, debemos remitirnos a las motivaciones expuestas en el Fundamento de Derecho IV, apartado segundo de la citada Resolución de Supervisión de Tarifas 2022. Allí se concluye que dicho valor es el resultado de la adaptación metodológica incorporada por AESA al procedimiento de cálculo del parámetro B en su Informe de supervisión técnica para 2020, con el objeto de garantizar la adopción de un valor que refleje al máximo posible la realidad del servicio prestado, de manera que el parámetro no se vea distorsionado por la caída del tráfico y su distribución anómala dentro del año, respecto del tráfico y la distribución del mismo con los que fue diseñado el sistema de incentivos. Por ello la CNMC estimó que en el cálculo del IMAAJ correspondiente a las tarifas de 2022 se debía considerar un valor del parámetro B igual a 0,12%, que coincidía con el calculado por AESA y con el incorporado finalmente por Aena en su propuesta tarifaria para 2022.

Las consideraciones de la CNMC en su Informe al DORA II (Acuerdo de 16 de junio de 2021 por el que se emite el informe previsto en el artículo 25.3 de la Ley 18/2014 en relación con el Documento de Regulación Aeroportuaria, Capítulo VII

punto 4 y Conclusión 4) no invalidan las conclusiones alcanzadas por AESA ni justifican la revisión de este valor por la CNMC. En primer lugar, porque la conclusión 4 del Informe al DORA II según la cual "*dada la situación de excepcionalidad del sector provocada por la pandemia COVID-19 que previsiblemente se extenderá durante varios ejercicios del DORA II, se considera razonable que el sistema de incentivos se mantenga en suspenso hasta el momento en que se recuperen los niveles y el mix de tráfico previos a la pandemia",* no ha sido recogida en el DORA II finalmente aprobado por el Consejo de Ministros en fecha 28 de septiembre de 2021. Y, en segundo lugar, porque AESA en su informe sí ha tomado en cuenta la excepcionalidad de las circunstancias y ha realizado un ajuste metodológico en la valoración de los datos y mediciones, de tal forma que la CNMC no ha considerado necesario revisar el parámetro B propuesto por AESA, en los términos en que le hubiera permitido hacerlo la normativa, según la Sentencia la Sala de lo Contencioso Administrativo, sección 8, de la Audiencia Nacional de 30 de abril de 2021.

De la misma forma, ni el hecho de que AESA haya modificado su informe inicial como consecuencia de las alegaciones presentadas por Aena durante el trámite de audiencia, ni la ausencia de previsión en la Ley 18/2014 del requisito de audiencia de terceros en marco del procedimiento de tramitación del Informe Anual de Supervisión Aeroportuaria de AESA, justifican *per se* la revisión de este valor por la CNMC en el sentido solicitado por Ryanair.

Respecto a la **determinación y recuperación de los costes COVID-19 en las tarifas 2022** objeto del presente conflicto, ha de tenerse en cuenta que ambas cuestiones ya han sido objeto de dos Resoluciones de la CNMC, en cumplimiento de lo previsto en la disposición adicional primera de la Ley 2/2021, apartado 2, párrafo tercero, que establece que la CNMC deberá supervisar y analizar los costes COVID-19 para su recuperación en el marco del DORA.

Así, en primer lugar, en la Resolución de 9 de diciembre de 2021 sobre la supervisión de los costes sanitarios y operativos en los que ha incurrido Aena como consecuencia de la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 en el periodo comprendido entre enero de 2020 y septiembre de 2021 (STP/DTSP/048/21), la CNMC cuantificó los costes incurridos por Aena hasta dicha fecha (capitalización incluida) para su recuperación en el marco del DORA. Este importe coincide con el utilizado por Aena por este concepto para el cálculo de la variación tarifaria.

Dichos costes han sido debidamente supervisados por la CNMC y, contrariamente a lo alegado por Ryanair, únicamente incluyen costes permitidos por la normativa específica. Así, por ejemplo, sólo se han imputado los medios telemáticos relacionados con la provisión de los servicios aeroportuarios básicos, no el teletrabajo en general, y en base a los inductores de costes supervisados por la CNMC. Por otra parte, no todos los aeropuertos han soportado los mismos

tipos de costes COVID-19, siendo efectivamente mayores en los aeropuertos con mayor tráfico. Sin embargo, al tratarse de una red de aeropuertos, incluso el aeropuerto que no tiene tráfico en un momento concreto incurre en determinados costes operativos cuya imputación no puede excluirse, tal y como ocurre con el resto de costes imputables a los servicios aeroportuarios básicos.

En segundo lugar, por lo que se refiere a la recuperación de estos costes, el apartado 7.1 del DORA dispone que la CNMC deberá determinar, en el caso de que no hubiese acuerdo entre Aena y las asociaciones representativas de usuarios, la modalidad de recuperación de los costes en los que se haya incurrido por este concepto en ejercicios precedentes, en el marco de la función de supervisión del procedimiento anual de actualización de las tarifas aeroportuarias contemplado en el apartado 2 del artículo 10 de la LCNMC.

En consecuencia, habiendo resultado patente la falta de acuerdo durante el procedimiento de consultas, la CNMC en la citada Resolución de Supervisión de Tarifas 2022 ya dirimió esta cuestión, por lo que debemos remitirnos a las consideraciones en ella realizadas en el apartado Fundamento de Derecho IV, apartado Cuarto.

Dichas consideraciones, relativas a la imputación a las tarifas de 2022 de los costes ya auditados atribuibles al ejercicio 2021 (de enero a septiembre), toman en cuenta que la aprobación de la Ley 2/2021 obedece a una situación extraordinaria que exigió una regulación específica en la que, si bien se hace referencia a la recuperación de estos costes en el marco del DORA, no se exige un tratamiento idéntico a los demás ajustes del IMAAJ y, de hecho, otorga a la CNMC un margen temporal amplísimo para determinar su recuperación, bien en el DORA I o en sucesivos DORAs, con el objetivo de minimizar el impacto de su aplicación sobre el sector.

Por ello, la CNMC optó en su Resolución de Supervisión de Tarifas 2022 por aceptar la propuesta de Aena al concluir, por las razones expuestas en la sección A de dicho apartado Cuarto, que con ello se mejoraba "*la estabilidad y previsibilidad de la senda tarifaria, teniendo en cuenta el elevado margen para compensar los costes COVID en este ejercicio, con una reducción del IMAAJ de 1,13 euros por pasajero, y debido a la dificultad que puede existir para imputar dichos costes en próximos ejercicios sin producir incrementos tarifarios muy significativos*". Consecuentemente, en la sección B del mismo apartado Cuarto determinó que la tarifa a aplicar en 2022 sería de 9,95 euros por pasajero, es decir los 9,14 euros por pasajero del IMAAJ más los 0,804 euros por pasajero correspondientes a la imputación de los costes COVID-19 de 2020 y de enero a septiembre de 2021, lo que permitía una disminución de las cuantías de las tarifas aeroportuarias de un 3,17% en 2022 respecto del ejercicio precedente.

En cuanto a la posibilidad planteada por Ryanair de no capitalizar los costes o de utilizar una tasa de descuento diferente al WACC contemplado en el DORA, no parece tener encaje en nuestro ordenamiento, pues la disposición adicional primera.2 de la Ley 2/2021 alude expresamente al derecho a la recuperación de estos costes "*debidamente capitalizados en cualquiera de los siguientes DORAs*" si no pudieran recuperarse en el DORA I. En cuanto al WACC aplicable, según lo dispuesto en el apartado 7.1 del DORA, la CNMC deberá determinar la modalidad de recuperación de estos costes en el marco de la función de supervisión del procedimiento de consulta anual y ajuste al IMAAJ de las tarifas aeroportuarias, por lo que no se dispone de cobertura legal para aplicar a estos particulares costes una tasa de descuento diferente de la reconocida en el correspondiente DORA. Dado que la recuperación de estos costes se realiza a través de las tarifas 2022 en función de una determinada estimación de tráfico al igual que el resto de los costes y parámetros reconocidos en el DORA, no hay motivos para la aplicación de una tasa distinta pues Aena asume el mismo riesgo en ambos casos. A título de ejemplo, pero en sentido contrario, al tratarse como un ingreso, también se ha capitalizado con la misma tasa de descuento, el WACC del DORA, la concentración derivada de la aplicación del factor K en la fórmula del IMAAJ.

Adicionalmente cabe destacar que con esta capitalización no se aumenta la base de activos regulados, ni con ello los rendimientos que Aena obtiene a largo plazo, puesto que lo que se realiza es un ajuste en el IMAAJ[1] de un ejercicio que no se vuelve a incluir en el ejercicio siguiente.

Por último, debe rechazarse la alegación de posible abuso de posición de dominio de Aena por considerar un precio excesivo la traslación a las tarifas de 2022 de los costes COVID-19, dado que el derecho a la recuperación de dichos costes viene reconocido en la Ley 2/2021 y la supervisión del importe corresponde a la CNMC, al igual que la determinación de la modalidad de su recuperación.

En virtud de lo anteriormente descrito, a los efectos de resolución del presente conflicto, según el resultado de la supervisión descrita en el Fundamento de Derecho IV, apartado Segundo, Sección A de la Resolución de Supervisión de Tarifas 2022, para el cálculo del IMAAJ aplicable a las tarifas aeroportuarias de 2022 se debe considerar un valor del parámetro B igual a 0,12%.

[1] Los costes COVID-19, incluidas las inversiones asociadas, se tratan como costes operativos que ajustan el IMAAJ del ejercicio concreto al que se imputan una vez se han realizado todos los ajustes de la fórmula del IMAAJ recogida en la Ley 18/2014.

Asimismo, según se concluye en el Resuelve Cuarto de la Resolución de Supervisión de Tarifas 2002, la modificación tarifaria aplicable a 2022 debe incorporar la totalidad de los costes COVID-19 auditados por esta Comisión en su Resolución de 9 de diciembre de 2021 (STP/DTSP/048/21), que corresponden a los costes incurridos por Aena en el periodo de enero 2020 a septiembre 2021, ambos inclusive, debidamente capitalizados.

Finalmente, conforme al Resuelve Quinto de la Resolución de Supervisión de Tarifas 2022, según resulta de la supervisión realizada por la CNMC de los parámetros de la fórmula de determinación del IMAAJ contenida en el Anexo IX de la Ley 18/2014 que se describe en el apartado IV de dicha Resolución, y de la incorporación de los costes COVID-19 imputables a las tarifas 2022 conforme a lo previsto en la disposición adicional primera de la Ley 2/2021, el IMAAJ que debe aplicarse a las tarifas de 2022 es de 9,95 euros por pasajero, lo que supone una variación tarifaria de un -3,17%.

Esta variación tarifaria coincide con lo aprobado por el Consejo de Administración de Aena en fecha 21 de diciembre de 2021.

Para concluir debe hacerse una mención al requisito del artículo 12.1 c) párrafo 5 de la LCNMC según el cual en los procedimientos de conflicto la CNMC verificará que la decisión de Aena se produce conforme al procedimiento establecido en la Ley 18/2014, se ajusta a los requisitos establecidos en el DORA, garantiza la sostenibilidad de la red y la accesibilidad a los aeropuertos integrados en ella así como la suficiencia de ingresos, responde a los principios de no discriminación, objetividad, eficiencia y transparencia, y resulta justificada, de acuerdo con las previsiones del DORA en materia de previsiones de tráfico e inversiones, y los requerimientos y necesidades de las compañías usuarias de los aeropuertos.

A la vista de las consideraciones de los párrafos precedentes sobre el objeto del conflicto presentado, no se considera preciso realizar una declaración sobre estos concretos extremos en el presente procedimiento ya que la adecuación de la decisión tarifaria de Aena a los requisitos del marco regulador de las tarifas aeroportuarias ya ha sido valorada por parte de esta Sala en su Resolución de Supervisión de Tarifas 2022, y la resolución de este procedimiento no altera las conclusiones allí alcanzadas ni afecta a los demás requisitos objeto de verificación establecidos en artículo 12.1.c) párrafo quinto.

Tomando en consideración todo lo expuesto, 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 Fundamento de Derecho Cuarto, apartados segundo y cuarto de la Resolución de la CNMC de Supervisión Tarifas 2022.

Vistos los citados antecedentes de hecho y fundamentos de derecho, la Sala de Supervisión Regulatoria.

RESUELVE

Único. – Desestimar los conflictos interpuestos por IATA España S.L. y Ryanair Designated Activity Company frente a la decisión del Consejo de Administración de Aena S.M.E., S.A. de 21 de diciembre de 2022 en la que se fijan las tarifas aeroportuarias para 2022 y declarar aplicable la actualización de las tarifas aeroportuarias aprobada por Aena para el ejercicio 2022.

Comuníquese este Acuerdo a la Dirección de Transportes y Sector Postal y notifíquese a los interesados IATA España S.L., Ryanair Designated Activity Company y Aena S.M.E., S.A.

La presente Resolución agota la vía administrativa, no siendo susceptible de recurso de reposición, pudiendo ser recurrida ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a su notificación, de conformidad con lo establecido en el artículo 36.2 de la LCNMC y en la disposición adicional cuarta, 5, de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.