



Roj: **SAN 1901/2025 - ECLI:ES:AN:2025:1901**

Id Cendoj: **28079230082025100194**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **8**

Fecha: **28/03/2025**

Nº de Recurso: **960/2022**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **MERCEDES PEDRAZ CALVO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN OCTAVA

Núm. de Recurso: 0000960/2022

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 07400/2022

Demandante: RYANAIR, D.A.C

Procurador: SR. LÓPEZ CHOCARRO

Demandado: TRIBUNAL ECONOMICO ADMINISTRATIVO CENTRAL

Codemandado: AENA SA

Abogado Del Estado

Ponente Ilma. Sra.: D^a. MERCEDES PEDRAZ CALVO

SENTENCIA N^o:

Ilma. Sra. Presidente:

D^a. MERCEDES PEDRAZ CALVO

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO

D^a. ANA ISABEL GÓMEZ GARCÍA

D. EUGENIO FRIAS MARTINEZ

Madrid, a veintiocho de marzo de dos mil veinticinco.

Vistos los autos del recurso contencioso-administrativo num. **960/2022** que ante esta Sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido el Procurador de los Tribunales **Sr. López Chocarro** en nombre y representación de **RYANAIR, D.A.C** contra la resolución dictada el día 24 de marzo de 2022 por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el expediente CFT/DTSP/023/22 de Conflictos acumulados presentados por IATA y RYANAIR contra el acuerdo de la CNMC 21 de diciembre de 2021 en el que se fijan las tarifas aeroportuarias para el Ejercicio 2022" frente a la Administración del Estado representada y defendida por el Abogado del Estado. Ha comparecido como **codemandada AENA SA** representada por el Procurador **Sr. Martín Jaureguibeitia y Campillo García**. Ha sido Ponente la Magistrado D^a **MERCEDES PEDRAZ CALVO**.



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO-. Por la representación procesal indicada de RYANAIR DAC. se interpone el día 23 de mayo de 2022 recurso contencioso-administrativo contra la resolución de referencia.

Por decreto del Letrado de esta Sala se acuerda la admisión a trámite del recurso y la reclamación del expediente administrativo.

SEGUNDO-. Me diante escrito de 12 de julio de 2022 la parte actora formalizó la demanda, en la cual, tras exponer los fundamentos de hecho y de derecho que consideró oportunos terminó suplicando dicte sentencia *"estimatoria de la demanda, mediante la cual declare no ser conforme a Derecho la Resolución precitada, y consiguientemente la revoque en su integridad"*.

TERCERO-. El Abogado del Estado contestó a la demanda para oponerse a la misma, y solicitar la desestimación del recurso, exponiendo los hechos y fundamentos de derecho que justifican su oposición al recurso.

La representación procesal de la codemandada igualmente se opone al recurso presentado de contrario y solicita su desestimación.

CUARTO-. La Sala dictó auto acordando recibir a prueba el recurso, practicándose la documental a instancias de la actora y de la codemandada con el resultado obrante en autos.

Las partes, por su orden, presentaron sus respectivos escritos de conclusiones para ratificar lo solicitado en los de demanda y contestación a la demanda.

QUINTO-. La Sala dictó Providencia señalando para votación y fallo del recurso la fecha del 26 de marzo de 2025 en que se deliberó y voto, habiéndose observado en su tramitación las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO-. Es objeto del presente recurso de contencioso-administrativo la resolución dictada por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia el día 24 de marzo de 2022 en el expediente CFT/DTSP/023/22 resolviendo los conflictos acumulados presentados por IATA y RYANAIR contra el acuerdo del Consejo de Administración de AENA en el que se fijan las tarifas aeroportuarias para el ejercicio 2022.

La parte dispositiva de la resolución tiene el siguiente tenor literal:

"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."

Los antecedentes de hecho de este recurso recogidos por la propia resolución impugnada son los siguientes: el día 26 de enero de 2022, RYANAIR presenta escrito en la CNMC mostrando su disconformidad con el 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.

Las alegaciones de la ahora actora eran resumidamente las siguientes: la recuperación de costes COVID-19 en la tarifa de 2022 constituye un abuso de la posición de dominio de AENA.

La Ley 2/2021 establece que Aena tiene derecho a recuperar los costes COVID-19, pero 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 COVID19, 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.

Según las alegaciones de Ryanair, ningún otro aeropuerto europeo ha traspasado los costes derivados del COVID-19 a los usuarios del aeropuerto.

Considera que la recuperación de los costes COVID-19 genera incertidumbre regulatoria: la propuesta de AENA de recuperar 21 meses de costes Covid 19 en las tasas aeroportuarias del año 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 del año 2022 los Costes del ejercicio 2020 .



Alega que los costes Covid-19 no deberían capitalizarse o al menos la tasa de capitalización utilizada para ello debería ser mas baja para reflejar las condiciones reales de mercado.

Sostuvo RYANAIR que AENA ha utilizado el coste medio ponderador de capital 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%. Alegaba 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.

La CNMC tramitó este conflicto junto con otro suscitado por IATA.

SEGUNDO-. Los motivos de impugnación alegados por la recurrente pueden resumirse como sigue:

*Es improcedente la aplicación del coeficiente de incremento del 012% informado por AESA y reconocido por la CNMC.

*No se ha producido la preceptiva intervención de la Dirección General de Aviación Civil y de la Secretaría de estado de Transporte Movilidad y Agenda Urbana.

* Se han infringido los requisitos de transparencia, consultas e intervención de autoridad independiente al aprobarse la ley 2/2021.

* Abuso de posición dominante por parte de AENA en la decisión (unilateral) de recuperar los costes COVID-19.

* improcedente repercusión de la totalidad de los costes Covid en el ejercicio 2022.

* desproporcionada imputación de costes Covid por parte de AENA.

TERCERO-. Por su parte el Abogado del Estado en la contestación a la demanda opone lo siguiente:

- No puede aceptarse la alegación sobre el erróneo cálculo del parámetro retributivo D. La CNMC asignó un valor de 0 a este parámetro debido a que la Ley 18/2014 exige que únicamente se tengan en cuenta las desviaciones sobre las inversiones previamente autorizadas por la Dirección General de Aviación Civil y el Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana, autorización que en este caso no tuvo lugar.

- Tampoco puede aceptarse que el supuesto cálculo erróneo del parámetro D pueda afectar al parámetro B, sobre calidad del servicio. Según la Ley se trata de parámetros independientes, cuya determinación tiene lugar con atención a criterios distintos.

- No puede aceptarse la supuesta vulneración por la Ley 2/2021 de las exigencias del Derecho de la UE sobre transparencia, pues dicha norma se aprobó siguiendo el procedimiento constitucionalmente previsto para la tramitación de disposiciones con rango de Ley. Por otro lado, la concreta imputación de tales costes se somete al procedimiento de transparencia y consultas legalmente establecido.

CUARTO-. La representación procesal de AENA tras recordar los antecedentes de hecho del recurso, y exponer como se calculan las tarifas litigiosas y en concreto el Ingreso máximo anual por pasajero y el ingreso máximo anual por pasajero ajustado, alega lo siguiente:

- el parámetro "B" ha sido calculado correctamente, sin que existan razones que justifiquen su inaplicación. Carácter independiente de los Parámetros B y D. El Informe de la Secretaría de Estado no resulta aplicable al Parámetro B. El cálculo del Parámetro B ya incorpora los ajustes excepcionales exigidos por la recurrente para evitar las distorsiones derivadas de la disminución de tráfico aéreo durante la pandemia (año 2020).

- Costes Covid: Los costes COVID han sido sometidos al procedimiento de transparencia y consultas, así como a la supervisión de la CNMC, en aplicación del procedimiento previsto en la Ley 18/2014 que responde precisamente a las exigencias de la Directiva. La Directiva no exige una norma nacional que establezca un coste recuperable vía tarifas (sin fijar la cuantía de estas), como la Ley 2/2021 o la Ley 18/2014, incorpore un procedimiento de transparencia y consultas con carácter previo a su aprobación. La Directiva otorga un amplio margen a los Estado miembros para regular el sistema tarifario y establecer los elementos tarifarios

- La traslación de los costes COVID a las tarifas aeroportuarias respeta el principio de proporcionalidad.

QUINTO-. Constituyen un antecedente inmediato de estas sentencias las siguientes, todas ellas dictadas por esta Sala y sección:



- La dictada en el procedimiento 490/19, de fecha 30 de abril de 2021, frente a resolución de la CNMC, en materia de conflicto relativo a la fijación de las tarifas aeroportuarias para el ejercicio 2019. Sentencia desestimatoria.
- La dictada en el procedimiento 119/20, de fecha 21 de febrero de 2022, frente a resolución de la CNMC de 11 de diciembre de 2019, sobre Supervisión de las Tarifas Aeroportuarias aplicables por AENA en el ejercicio 2020. Sentencia desestimatoria.
- La dictada en el procedimiento 121/202 de fecha 24 de junio de 2022, frente a resolución de la CNMC de 11 de diciembre de 2019, sobre Supervisión de las Tarifas Aeroportuarias aplicables por AENA en el ejercicio 2020. Sentencia desestimatoria.

Igualmente guarda relación con este recurso la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 22 de mayo de 2023, dictada en el recurso 425/2021, frente a acuerdo del Consejo de Ministros de 28 de septiembre de 2021 por el que se aprueba el Documento de Regulación Aeroportuaria 2022-2026, publicado mediante resolución de la Dirección General de Aviación Civil de 29 de septiembre de 2021 en el Boletín Oficial del Estado nº 234, de 30 de septiembre de 2021. La sentencia es desestimatoria.

Es de hacer notar que, como la propia CNMC señala, "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"

Esta resolución de la CNMC de 17 de febrero de 2022 ha sido impugnada ante esta Sala, tramitándose el recurso contencioso-administrativo 770/2022 que se ha deliberado y votado por la Sala conjuntamente con este recurso **960/2022**, abordándose en esta y aquella sentencia, sustancialmente, las mismas cuestiones.

SEXTO-.La normativa de aplicación al recurso es la siguiente:

1-. La ley 18/2014 en su artículo 31 establece:

"Supervisión y seguimiento del Documento de Regulación Aeroportuaria (DORA).

1. *Corresponde a la Agencia Estatal de Seguridad Aérea la supervisión del cumplimiento del Documento de Regulación Aeroportuaria (DORA) en el ámbito de las competencias que le atribuye la sección 1.ª de este capítulo.*

2. *La Agencia Estatal de Seguridad Aérea adoptará en los cuatro primeros meses de cada ejercicio de aplicación del Documento un «Informe anual de supervisión técnica aeroportuaria», que recoja el resultado de la verificación del cumplimiento del Documento de Regulación Aeroportuaria (DORA) en relación con:*

a) *El cumplimiento de los estándares de calidad de servicio y el valor de los incentivos o penalizaciones por calidad de servicio prestado para dicho ejercicio (valor del parámetro B de la fórmula recogida en el anexo IX de esta Ley).*

b) *El cumplimiento del programa de inversiones identificando las desviaciones por retraso en el cumplimiento de los plazos preestablecidos en el plan para la finalización de las inversiones que éste haya identificado por su carácter estratégico, así como el valor de las penalizaciones por retraso en la ejecución de inversiones planificadas para dicho ejercicio (valor del parámetro RI de la fórmula recogida en el anexo IX de esta Ley).*

c) *La desviación de inversiones y gastos de explotación contemplados en el apartado 5 de este artículo que haya que incorporar en el cálculo del ingreso máximo anual ajustado por pasajero (IMAAJ) (valor del parámetro D de la fórmula recogida en el anexo IX de esta Ley).*

En la elaboración del Informe anual de supervisión técnica aeroportuaria se dará audiencia a Aena, S.A., por un plazo no inferior a un mes.

La Agencia Estatal de Seguridad Aérea remitirá el Informe anual de supervisión técnica aeroportuaria a Aena, S.A., a la Dirección General de Aviación Civil, para su elevación al Secretario de Estado de Infraestructuras, Transporte y Vivienda como seguimiento del cumplimiento del Documento de Regulación Aeroportuaria (DORA), y a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

3. *Además, y sin perjuicio del seguimiento que realice la Agencia Estatal de Seguridad Aérea, en los tres primeros meses del último ejercicio de aplicación del Documento de Regulación Aeroportuaria (DORA) vigente, y en su caso, en el ejercicio al que se haya prorrogado, ésta realizará:*



a) Un informe sobre la totalidad de las inversiones realizadas en los últimos cinco ejercicios estableciendo las diferencias entre los valores aprobados en el Documento de Regulación Aeroportuaria (DORA) y los valores reales auditados de la base de activos regulada (BAR) actualizada al cuarto año del quinquenio o al quinto año del quinquenio, en el supuesto de prórroga del Documento de Regulación Aeroportuaria (DORA). En este informe se incorporará el resultado, positivo o negativo, correspondiente al último ejercicio del Documento de Regulación Aeroportuaria (DORA) aplicable en el quinquenio anterior.

b) Un informe sobre el grado de cumplimiento de los estándares de capacidad de las infraestructuras aeroportuarias y las condiciones mínimas de servicio de dichas infraestructuras durante el período de aplicación del plan y el último ejercicio de aplicación del Documento en el quinquenio precedente.

Ambos informes se elevarán para conocimiento del Secretario de Estado de Infraestructuras, Transporte y Vivienda por parte de la Dirección General de Aviación Civil para el seguimiento del cumplimiento de lo dispuesto en el Documento de Regulación Aeroportuaria (DORA) y a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

4. La Agencia Estatal de Seguridad Aérea podrá contar para la elaboración de los informes previstos en este artículo con auditores independientes.

5. En el ejercicio de las competencias de seguimiento de la gestión aeroportuaria, la Dirección General de Aviación Civil elevará al Secretario de Estado de Infraestructuras, Transporte y Vivienda, para su aprobación, previo informe de la Agencia Estatal de Seguridad Aérea y de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, las desviaciones, positivas o negativas, a las inversiones aprobadas en el Documento de Regulación Aeroportuaria (DORA), siempre que dichas desviaciones no estén derivadas de la aplicación de cambios normativos, no afecten a las inversiones definidas como estratégicas, sean de carácter inaplazable e imprevisible y se trate, en cualquier caso, de desviaciones no significativas que no supongan una desviación superior al 3% del volumen total de inversiones programadas para cada año del quinquenio en el Documento de Regulación Aeroportuaria (DORA). Si estas desviaciones excepcionales fueran superiores al 50% del importe máximo de desviaciones permitido en términos acumulados, su autorización se instrumentará mediante Acuerdo de Consejo de Ministros, previo informe de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos (CDGAE).

En el caso de que se produzcan cambios normativos exigidos por una norma con rango de ley o real decreto o disposiciones derivadas de la normativa internacional cuya aplicación sea inaplazable o imprevisible, no será aplicable el límite del 3% indicado en el párrafo anterior, aunque tendrán que contar con la aprobación del Consejo de Ministros conforme a lo dispuesto en el mismo párrafo.

Asimismo, la Dirección General de Aviación Civil elevará al Secretario de Estado de Infraestructuras, Transporte y Vivienda, para su aprobación y previo informe de la Agencia Estatal de Seguridad Aérea y de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, los incrementos de gastos de explotación que pudieran derivarse de cambios normativos que sean de carácter inaplazable e imprevisible. Si estas desviaciones excepcionales fueran superiores a 2 millones de euros, su autorización se instrumentará mediante Acuerdo de Consejo de Ministros, previo informe de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos (CDGAE).

Las desviaciones contempladas en los dos párrafos anteriores, además de ser compatibles con las condiciones establecidas en el Documento de Regulación Aeroportuaria (DORA), se tendrán en cuenta, capitalizadas por el coste medio ponderado de capital antes de impuesto de Aena, S.A., en la determinación del ingreso máximo anual por pasajero ajustado (IMAAJ).

2-. La Directiva 2009/12 en su artículo 9 establece:

"Normas de calidad

1. A fin de velar por el funcionamiento fluido y eficaz de un aeropuerto, los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para permitir que la entidad gestora del aeropuerto y los representantes o las asociaciones de los usuarios del aeropuerto entablen negociaciones destinadas a la celebración de un acuerdo sobre el nivel del servicio, relativo a la calidad del servicio prestado en el aeropuerto. Estas negociaciones sobre la calidad del servicio podrán formar parte de las consultas aludidas en el artículo 6, apartado 1.

2. Todo acuerdo de estas características sobre el nivel del servicio determinará el nivel del servicio que deberá prestar la entidad gestora del aeropuerto atendiendo al sistema o al nivel efectivo de las tasas percibidas y al nivel de servicio al que tienen derecho los usuarios del aeropuerto como contrapartida del pago de las tasas aeroportuarias."

3-. El Real Decreto-ley 13/2010 remite la regulación de los ingresos de los gestores aeroportuarios a la normativa de transposición al ordenamiento interno de la Directiva 2009/12/CE. La transposición se ha realizado en 2011 mediante la introducción de un nuevo título VI en la Ley 21/2003 y la aprobación del Real Decreto-ley 11/2011.



4- *La Directiva 2009/12/CE establece, en relación con los aeropuertos que presentan un mayor volumen de tráfico o una posición nacional de liderazgo, criterios y principios a los que deben sujetarse determinados ingresos e impone obligaciones de transparencia y consulta que se acompañan de un mecanismo de supervisión a cargo de una autoridad nacional independiente, sometida solamente a control judicial o parlamentario.*

5- *La ley 18/2014, de 15 de octubre, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia en su exposición de motivos recuerda que "En el ejercicio de la competencia exclusiva estatal, teniendo en cuenta la gestión directa de los aeropuertos de interés general, esta Ley precisa el régimen de la red de aeropuertos de interés general como servicio de interés económico general, con el objeto de garantizar la movilidad de los ciudadanos y la cohesión económica, social y territorial, para asegurar la accesibilidad, suficiencia e idoneidad de la capacidad de las infraestructuras aeroportuarias, la sostenibilidad económica de la red, así como la continuidad y adecuada prestación de los servicios aeroportuarios básicos"*

Esta ley adecua al nuevo marco regulatorio el régimen jurídico de transparencia, consultas, no discriminación y supervisión en materia de tarifas aeroportuarias, adaptando el establecido en transposición de la Directiva 2009/12/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 2009, relativa a las tasas aeroportuarias y vigente a la entrada en vigor de esta Ley. Señala la propia ley que *"La articulación de este régimen jurídico permite, por otra parte, establecer las condiciones que aseguren que la red de aeropuertos de interés general cumpla su cometido como servicio de interés económico general, en el supuesto de que se dé entrada al capital privado en Aena, S. A., al tiempo que, con sujeción estricta al principio de proporcionalidad, se equilibra el derecho a la libertad de empresa en un marco de economía de libre mercado, reconocido en el artículo 38 de la Constitución, con la intervención pública para garantizar el interés general según previene el artículo 128.1 de la Carta Magna. El régimen articulado, se adecua por lo demás, a lo previsto en el artículo 14 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea ."*

SÉPTIMO-La Directiva estableció un plazo de transposición que finalizaba el día 15 de marzo de 2011. Su exposición de motivos señalaba que debe aplicarse a los aeropuertos de la Unión a partir de un tamaño determinado, y que *"Por motivos de distribución del tráfico, los Estados miembros deben poder autorizar a una entidad gestora de aeropuerto a que aplique un sistema de tasas común y transparente a los aeropuertos que presten sus servicios en una misma ciudad o conurbación. Las transferencias económicas entre dichos aeropuertos deben cumplir el Derecho comunitario pertinente."*

En la misma se establece la conveniencia de establecer una autoridad de supervisión independiente en cada Estado miembro para garantizar la imparcialidad de sus decisiones y la aplicación correcta y eficaz de la Directiva.

En el articulado se regula: el objeto, las definiciones, el principio de discriminación señalando que (artículo 3) *"Los Estados miembros velarán por que las tasas aeroportuarias no establezcan discriminaciones entre los usuarios de los aeropuertos, de conformidad con el Derecho comunitario. Ello no obstará a la posible modulación de las tasas aeroportuarias por motivos de interés público y general, por ejemplo en relación con el medio ambiente. Los criterios aplicados para esta modulación deberán ser pertinentes, objetivos y transparentes."*

Igualmente se regula la transparencia en relación con los elementos que sirven de base para determinar el sistema o el nivel de las tasas aplicadas por la entidad gestora del aeropuerto.

La cuestión prejudicial que se solicita plantea la Sala es la siguiente:

"Si los principios y requisitos establecidos en la Directiva 2009/12/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 2009, relativa a las tasas aeroportuarias, consistentes en el establecimiento de un proceso de consultas y vías de recurso por lo que respecta al funcionamiento del sistema de tasas aeroportuarias, el nivel de dichas tasas y, si procede, la calidad de los servicios prestados; la exigencia, siempre que sea posible, de que las modificaciones del sistema de tasas aeroportuarias o del nivel de las tasas se efectúen mediante un acuerdo entre la entidad gestora del aeropuerto y los usuarios (Artículo 6); transparencia (Artículo 7); intervención de autoridad independiente (Artículo 11) y transposición (Artículo 13), deben interpretarse como que se aplican al proceso para la eventual aprobación de una norma interna de rango legal, por la que un Estado se acuerda facultar a la entidad gestora para que recupere, a futuro, por vía tarifaria, unos determinados costes que, en caso contrario, bajo el régimen interno de transposición de la Directiva 2009/12/CE, no habrían podido ser repercutidos."

Se trata por tanto de una cuestión de interpretación ex artículo 267 del Tratado de la Unión Europea. Se pregunta sobre como aplicar los principios de la Directiva a una situación de hecho que es la sometida a enjuiciamiento de esta Sala: si la repercusión de los costes Covid en las tarifas de AENA es o no conforme a derecho.

La Sala no aprecia dudas de interpretación en la aplicación de estos principios recogidos por la Directiva.



En este caso, por otra parte, el núcleo decisorio está ligado a la concurrencia de una situación excepcional en todo el mundo, desde luego en toda la Unión Europea, como fue la pandemia Covid19, de extraordinaria amplitud y gravedad, con un enorme coste social y económico.

La ley 2/2021 de 29 de marzo, de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 tiene el objeto declarado de establecer las medidas urgentes necesarias para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19. En esta norma se establece que la CNMC deberá determinar la modalidad de la recuperación de los costes derivados de los controles sanitarios y operativos en que se haya incurrido como consecuencia del COVID-19 en los aeropuertos gestionados por Aena en el marco de la función de supervisión del procedimiento de consulta anual y ajuste al IMAAJ de las tarifas aeroportuarias de Aena.

La disposición adicional primera de la ley 2/2021 establece que AENA tendrá derecho a recuperar los costes en los que incurra como consecuencia de la colaboración con las autoridades sanitarias previstas en la ley y de las restantes medidas operativas de seguridad e higiene que deban adoptar como consecuencia del Covid 19.

añade:

"A estos efectos, en el cálculo de la recuperación de los costes efectivamente incurridos por la colaboración en la realización de los controles de sanidad en el entorno aeroportuario y las medidas operativas de seguridad e higiene adoptadas, se descontarán las posibles subvenciones u otro tipo de ayudas económicas que eventualmente pueda recibir Aena para llevar a cabo estas actividades.

Dichos costes se recuperarán en el marco del Documento de Regulación Aeroportuaria (DORA) y, por ello serán analizados y supervisados por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia durante el proceso de transparencia y consulta recogido en la Ley 18/2014, de 15 de octubre, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia.

Si estos costes no pudieran recuperarse en el marco del DORA 2017-2021, con el objetivo de minimizar el impacto de su aplicación sobre el sector, podrán ser recuperados, debidamente capitalizados, en cualquiera de los siguientes DORAs. En este último caso, a los costes que se traspasen a los siguientes DORAs no les será de aplicación lo previsto en el apartado 1, 2.b) y 3.c) de la disposición transitoria sexta de la Ley 18/2014, de 15 de octubre ."

En este contexto normativo, no se aprecia duda de interpretación en el sentido propuesto por la parte actora que justifique el planteamiento de una cuestión prejudicial de interpretación.

OCTAVO-La demandante alega que del reproducido más arriba artículo 31 de la ley 18/2014 resulta que la intervención de la Dirección General de Aviación Civil y del Secretario de Estado de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana, son obligatorias, y la falta de informe es causa de nulidad pues *"no sólo comporta un resultado de neutralidad o de ausencia de revisión a falta de la mencionada aprobación administrativa, sino que el componente de supuesta ejecución de servicio da lugar a un incremento tarifario de un 0,12% por este concepto (que es el porcentaje que reconoce por supuesta calidad de servicio). Sin duda, estamos ante una situación irregular -e ilegal- que debe dar lugar, cuanto menos, a la revocación del mencionado incremento tarifario del 0,12% en concepto de calidad, con las consecuencias tarifarias que de ello se deriven."*

La CNMC dictó resolución el día 19 de noviembre de 2020 sobre el índice P aplicable a las tarifas aeroportuarias de AENA SME SA en el ejercicio 2021.

El día 11 de febrero de 2021 dictó resolución de supervisión de las tarifas aeroportuarias aplicables a AENA en el ejercicio 2021.

El día 16 de junio de 2021 la CNMC emite el informe previsto en el artículo 25.3 de la ley 18/2014, de 15 de octubre, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia en relación al documento de regulación aeroportuaria.

El día 30 de noviembre de 2021 dicta resolución sobre el índice P aplicable a las tarifas aeroportuarias de AENA en el ejercicio 2022.

El día 9 de diciembre de 2021 dicta resolución 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).

El artículo 24 de la ley 18/2014 regula la propuesta de AENA de la DORA y "consultas" señalando que *"se dará traslado para conocimiento"*, a la Dirección General de Aviación Civil y a la CNMC y finalizado el periodo de consultas, presentará a la referida Dirección General una propuesta detallada.



El artículo 31 regula la "supervisión y seguimiento" que corresponde a la AESA. Esta elaborará un informe anual de supervisión que recoja el resultado de la verificación del cumplimiento del DORA del parámetro B, el RI, y el D. Y es a la AESA a la que se encomienda la remisión de su informe a la Dirección General de Aviación civil para su elevación al Secretario de Estado de infraestructuras, Transporte y vivienda y a la CNMC.

La CNMC recibe el día 2 de junio de 2021 el informe de la AESA que, de acuerdo con lo previsto en el artículo 31.2 de la Ley 18/2014, recoge el resultado de la verificación de lo previsto en el DORA en relación con el cumplimiento de los estándares de calidad del servicio y el cumplimiento del programa de inversiones y de la ejecución de las inversiones relevantes. Dicho informe se refiere a los valores del parámetro B y el parámetro D y el valor del RI que integran la fórmula de cálculo del IMAAJ contemplada en el apartado 1 del Anexo IX de la Ley 18/2014.

La aprobación de la DORA 2017-2021 se produjo por Resolución de 20 de febrero de 2017, de la Dirección General de Aviación Civil (DGAC), por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 27 de enero de 2017. En este caso se está llevando a cabo la supervisión precisamente para dar cumplimiento a la DORA.

No se aprecia la causa de nulidad alegada. A la CNMC se le remite el informe, no es ella la encargada de remitir o solicitar informes, sino que resuelve a la vista de la propuesta de AENA y del informe de AESA.

NOVENO-La actora alega que es improcedente la aplicación del coeficiente de incremento del 012% informado por AESA y reconocido por la CNMC.

Este parámetro se determina en el anexo IX de la ley 18/2014.

Los informes de AESA al amparo de lo dispuesto en el art. 31.2 de la ley 18/2014, el "Informe Anual de supervisión técnica aeroportuaria", recogen el resultado de la verificación del cumplimiento del DORA en relación con el cumplimiento de los estándares de calidad de servicio y el valor de los incentivos o penalizaciones para dicho ejercicio, parámetro B, el cumplimiento del programa de inversiones identificando las desviaciones por retraso en los plazos preestablecidos de finalización para las inversiones definidas como estratégicas, valor de RI, y el valor de las desviaciones de inversiones y gastos de explotación contemplados en el artículo 31.5 de la misma Ley, parámetro D.

Como recuerda el Abogado del Estado en la sentencia de esta Sala de treinta de abril de dos mil veintiuno, dictada en el recurso contencioso-administrativo num. 490/2019 promovido por AENA S.A. frente a la resolución dictada por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia el día 10 de diciembre de 2018 en materia de conflicto relativo a la fijación de las tarifas aeroportuarias para el ejercicio 2019, se señaló que "la CNMC no se ha extralimitado en esta actuación: la Ley 18/2014 configura el IMAAJ como el resultado de una fórmula cuyos parámetros describe, y se verá concretamente como más adelante, en el anexo IX de la propia Ley, pero la determinación del valor concreto de alguno de los parámetros puede ser objeto de controversia, y esto es precisamente lo que ha ocurrido, habiendo planteado las Asociaciones del sector un conflicto, que la CNMC tiene que resolver".

Debe en consecuencia desestimarse este motivo de recurso.

DÉCIMO-La actora alega que la CNMC debería haber resuelto que la repercusión de los costes COVID-19 incurridos en 2020 y parte de 2021 debió de llevarse a las tarifas aeroportuarias a percibir por Aena durante 2023 y no en 2022, o al menos que únicamente se hubiesen recuperado en 2022 los correspondientes al ejercicio 2020.

La CNMC debería haber retrasado la imputación temporal de estos costes a las tarifas de ejercicios posteriores para favorecer la recuperación del tráfico aéreo tras la pandemia y postergar y abatir con el tiempo los efectos negativos que cualquier incremento inesperado o ausencia de rebaja inesperada puede suponer. Y deberían haberse imputado únicamente los costes incurridos el año 2020 por el principio temporal de estructura de n+2 que tiene establecido el DORA para realizar ajustes en las tarifas anuales, invocando los principios de seguridad jurídica y estabilidad tarifaria.

Esta alegación ya se formuló en vía administrativa y la respuesta de la CNMC es a juicio de esta Sala conforme a derecho, y no ha sido válidamente contradicha por la actora en sus escritos procesales.

En la pag. 18 la CNMC señala que "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."



En las pags. 44 y siguientes, la resolución de 17 de febrero de 2022, impugnada en el recurso contencioso-administrativo 770/2022, señala que

a) La D.A. 1ª de la ley 2/2021 ap. 2,3º establece que la CNMC deberá supervisar y analizar los costes derivados de la gestión del Covid para su recuperación en el marco de la DORA.

b) En la resolución de 9 de diciembre de 2021 mas arriba citada, estableció la CNMC el importe de los costes, para el ejercicio 2020 y el periodo enero a septiembre 2021, a los efectos de la referida D.A. 1ª.

c) La ley no establece cuando recuperar los costes, y AENA propuso que se recuperasen con cargo a las tarifas del ejercicio 2022 los costes reconocidos del ejercicio 2020 y los costes de enero a septiembre de 2021, esto es, todos los costes reconocidos por la CNMC en la Resolución de 9 de diciembre de 2021. Su argumentación fue que estos costes le han venido impuestos normativamente y que son costes en los que ya ha incurrido. Además, de no imputarse este año en su integridad, se produciría un aumento indeseado de las tarifas en 2023 y su capitalización implicaría un coste adicional para todos los usuarios aeroportuarios. La cuestión se debatió entre todos los interesados ante la CNMC y se resolvió de acuerdo con la DORA por esta. La decisión se fundamentó en que la DORA pretende introducir cierta flexibilidad en el marco regulador de las tarifas aeroportuarias, para que la recuperación de estos costes se produzca de la forma y en el momento en que genere un menor efecto distorsionador. Además en el ejercicio 2022 como consecuencia del efecto generado por el factor K, se producirá una importante reducción del IMAAJ, lo que permitirá absorber los costes de referencia tanto del 2020 como del 2021. Finalmente, la CNMC consideró que el retraso en imputar costes que ha se han producido podría comprometer la estabilidad tarifaria en los próximos ejercicios.

En resumen: la Sala en el marco de este recurso y a la vista del acto administrativo impugnado y de las alegaciones de la actora concluye con la CNMC que la propuesta aceptada y debatida es conforme a derecho.

Se desestiman en consecuencia las alegaciones relativas a la impropcedente repercusión de la totalidad de los costes covid en el ejercicio 2022.

Se alega igualmente que la cifra establecida como importe de los costes es desproporcionada. Y en apoyo de su tesis aporta un informe pericial que concluye que no se ha podido comprobar la realidad de los gastos en cuestión.

Como señala el Abogado del Estado en la contestación a la demanda, la cuestión del acceso a la información confidencial ha sido sustanciada en el auto dictado por esta Sala el día 19 de julio de 2022.

En todo caso, a la actuación de la CNMC y previamente de AESA no puede imponerse la observación realizada por el perito de la actora según la cual *"Hasta la fecha, la única documentación recibida, según nos indican Uds., se corresponde con una hoja resumen titulada "Costes e Inversión Covid cierre 2020 y acumulado a septiembre 2021 AENA S.M.E, S.A.", así como un desglose por aeropuertos de los citados costes e inversiones (ver Anexo I).*

En base a la anterior información recibida, es imposible técnicamente efectuar una revisión de los gastos que han sido alegados por AENA S.M.E, S.A., pues sencillamente no existe ninguna documentación de soporte que los acredite.

A los efectos anteriores es imprescindible tener pleno acceso por nuestra parte al expediente completo donde entendemos que se encuentran los soportes documentales (facturas, recibos de nómina, cuotas de la seguridad social, documentos de pago, etc.) que respalden los costes relacionados con el Covid invocados por AENA S.M.E, S.A. Asimismo, requeriríamos también poder acceder a las instalaciones de AENA S.M.E, S.A. para allí poder recabar la información y documentación adicional que podamos requerir y comprobar, in situ, la información y documentación soporte que podamos necesitar para la elaboración de nuestro Dictamen."

Esta conclusión no deja de ser una conclusión subjetiva carente de soporte técnico-científico: como indica el propio perito "podamos necesitar" es decir, no se ha realizado siquiera un intento de evaluación con la información disponible.

Por otra parte, los importes debatidos fueron aprobados en otra resolución distinta de la ahora impugnada. En esta se contiene información y explicación detallada de las conclusiones alcanzadas al respecto. La resolución no ha sido impugnada.

No es válido como término de comparación el resultado de aeropuertos que no reúnen los requisitos de tráfico "comercial semejante al tomado en consideración en su momento por la CNMC.

UNDÉCIMO-.Sostiene la recurrente que la decisión, que califica de unilateral, adoptada por AENA en la recuperación de los costes Covid, es constitutiva de abuso de posición dominante.

En primer lugar hay que recordar que la Sala de Competencia de la CNMC emitió informe sin observaciones.



En segundo lugar, la CNMC está efectuando un ejercicio de supervisión, al amparo de lo dispuesto en el artículo 10 de la ley de creación de dicha Comisión:

"Artículo 10. Supervisión y control en materia de tarifas aeroportuarias.

La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia ejercerá las siguientes funciones en materia de tarifas aeroportuarias:

- 1. Supervisar el cumplimiento del procedimiento de transparencia y consulta llevado a cabo por el gestor aeroportuario, conforme a lo dispuesto en los artículos 98 y 102 de la Ley 21/2003, de 7 de julio, de Seguridad Aérea , y declarar la inadmisión de la propuesta de la entidad gestora del aeropuerto o la inaplicación de las modificaciones tarifarias establecidas por la entidad gestora del aeropuerto, según proceda, cuando la propuesta o las modificaciones tarifarias se hayan realizado prescindiendo de dicho procedimiento.*
- 2. Supervisar que las propuestas de modificación o actualización de las tarifas aeroportuarias presentadas por el gestor aeroportuario se ajustan a lo previsto en el artículo 101 de la Ley 21/2003, de 7 de julio .*
- 3. Realizar cualesquiera otras funciones que le sean atribuidas por Ley o por Real Decreto."*

En esta actuación señala las medidas que deberán adoptarse en los sucesivos procedimientos de transparencia y consulta de las tarifas aeroportuarias. Analiza el cálculo de los costes de AENA tomando en consideración los resultados del modelo de contabilidad analítica, verificando el equilibrio entre ingresos y costes por Prestación Patrimonial Pública, el cálculo del ingreso máximo por pasajero ajustado, el valor del ingreso máximo anual por pasajero ajustado, y la imputación de los costes Covid.

En estas circunstancias no puede concluirse que las tarifas de AENA, que incluyen una reducción tarifaria lineal para el ejercicio 2022, declaradamente ajustadas a lo dispuesto en la ley 18/2014 constituyen un abuso de posición de dominio contrario al artículo 102 del Tratado.

Por el conjunto de razones expuestas procede la desestimación del presente recurso y la confirmación del acto administrativo impugnado.

DUODÉCIMO-A tenor de lo dispuesto en el art. 139 de la Ley Jurisdiccional, procede condenar a la parte actora al pago de las costas. Y haciendo uso de la facultad prevista en el número tercero del precepto citado, habida cuenta del alcance y la dificultad de las cuestiones suscitadas en el recurso, se fija en 5.000 euros la cantidad máxima que, por todos los conceptos, puede alcanzar la fijación de las costas procesales.

En atención a lo expuesto la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional ha decidido:

FALLAMOS

Que debemos **DESESTIMAR** como DESESTIMAMOS el recurso de contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de **RYANAIR, D.A.C** contra la resolución dictada el día 24 de marzo de 2022 por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia descrita en el fundamento jurídico primero de esta sentencia, la cual confirmamos por ser conforme a derecho. Con condena al pago de las costas a la parte actora. Con la limitación en su importe establecida en el fundamento jurídico octavo de esta sentencia.

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.