

RESOLUCIÓN DE LOS CONFLICTOS ACUMULADOS PRESENTADOS POR ALA, IATA Y ACETA CONTRA EL ACUERDO DEL CONSEJO DE ADMINISTRACION DE AENA S.M.E., S.A. DE FECHA 24 DE JULIO DE 2018 EN EL QUE SE FIJAN LAS TARIFAS AEROPORTUARIAS PARA EL EJERCICIO 2019

SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA

CFT/DTSP/038/18

Presidenta

D^a. María Fernández Pérez

Consejeros

D. Benigno Valdés Díaz
D. Mariano Bacigalupo Saggese
D. Bernardo Lorenzo Almendros
D. Xabier Ormaetxea Garai

Secretario

Joaquim Hortalà i Vallvé

En Madrid, a 10 de diciembre de 2018.

Vistos los conflictos acumulados presentados por ALA, IATA y ACETA contra el Acuerdo del Consejo de Administración de Aena de fecha 24 de julio de 2018 en el que se fijan las tarifas aeroportuarias para 2019, la Sala de Supervisión Regulatoria, en el ejercicio de las competencias que le atribuyen 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:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Interposición del conflicto por ALA

El 14 de agosto de 2018 tuvo entrada en el Registro de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante, CNMC) un escrito de interposición de recurso en nombre y representación de Asociación de Líneas Aéreas de España (en adelante, ALA) contra el Acuerdo del Consejo de Administración de Aena S.M.E, S.A. (en adelante, Aena) de fecha 24 de julio de 2018 por entender que el gestor aeroportuario, en su propuesta de actualización de tarifas aeroportuarias para 2019, no ha respetado lo previsto legalmente para el cálculo del factor K y ha aplicado indebidamente el parámetro B.

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

El Acuerdo recurrido establece que la variación del ingreso máximo anual por pasajero ajustado (en adelante, IMAAJ) para 2019 será frente al vigente en 2018 del 0%. Este cálculo está basado en lo establecido en el artículo 33 de la Ley 18/2014, de 15 de octubre, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia (en adelante, Ley 18/2014) y la metodología descrita en el Anexo IX de dicha Ley que establece que el IMAAJ se obtendrá aplicando al ingreso máximo anual por pasajero (en adelante, IMAAP) correspondiente a 2019 establecido por el Documento de Regulación Aeroportuaria (en adelante, DORA) una serie de correcciones sobre el cumplimiento de los niveles de calidad del servicio (parámetro B), el retraso de determinados proyectos de inversión (parámetro RI), el cumplimiento del 100% del IMAAP (factor K) y las desviaciones de inversiones y gastos de explotación (parámetro D).

Sobre el criterio de cálculo para el factor K de la fórmula del IMAAJ

Según ALA, en la determinación del factor K no se debe tomar en consideración el tráfico fijado en el DORA para cada uno de los años sino la mejor estimación de tráfico disponible en el momento de realizar el ajuste del IMAAJ. Ello es así porque, si bien el modelo regulatorio de las tarifas aeroportuarias establecido en la Ley 18/2014 es prospectivo, el mismo incorpora un ajuste sobre el factor de cumplimiento al 100% del IMAAJ, que es uno de los pocos elementos que se deben determinar *ex post*.

El Anexo IX punto 2 de la Ley 18/2014 explica que la diferencia (que debe corregir el factor K) *“se produce debido a la dificultad de trasladar el valor agregado del ingreso medio máximo permitido (ingreso máximo anual por pasajero ajustado (IMAAJ) a valores unitarios de tarifas para cada uno de los servicios y tipos de tráfico esperado para cada aeropuerto. De manera que una propuesta de valores unitarios de tarifas que, ex ante, cumple el ingreso máximo anual por pasajero ajustado (IMAAJ) podría no cumplirlo ex post si la composición del tráfico variase desde el momento en que se aplican.”*

Por ello, en lugar de tratar el factor K de forma unitaria en la fórmula del punto 1 del Anexo IX dividiéndolo por el tráfico esperado o previsto en el DORA, como hace con el resto de los factores, refiere el cálculo del factor K a lo establecido en el punto 2 de dicho Anexo, donde Q_t toma el valor del tráfico estimado, de lo que deduce la recurrente que el legislador establece que para su cálculo debe utilizarse la mejor estimación de tráfico.

Además cuando este punto 2 del Anexo IX explica que *“esta corrección tiene como objetivo eliminar la diferencia entre los ingresos anuales esperados aplicando el ingreso máximo anual por pasajeros ajustado (IMAAJ) del año y los*

ingresos realmente obtenidos, aislando las desviaciones a nivel de tráfico, medido por el número de pasajeros, dado que el riesgo del tráfico debe absorberlo el operador” lo que hace es aclarar que este ajuste del factor K debe compensar exclusivamente por la posible diferencia entre ingresos esperados y reales debido a la composición del tráfico, y no por aquellas que podrían haber sido causadas por la diferencia entre tráfico real y previsto.

Por todo ello, considera ALA que no se ajusta a derecho la incorporación por Aena en la fórmula del IMAAJ de 66,1 millones de euros a recuperar con cargo a las tarifas de 2019, por haber utilizado el tráfico fijado en el DORA y haber determinado con ello un factor K de 0,268 y no la mejor estimación disponible en el momento de hacer el cálculo.

Así tomando en cuenta la estimación de Aena, que ALA considera conservadora, el tráfico en 2018 sería de 262,9 millones (un 5,5% superior al registrado en 2017) y de 266,9 millones para 2019 (un 1,5% superior al estimado para 2018) según el cual el factor K sería de 0,248.

Por último, concluye ALA que si bien es cierto que debido a lo establecido en la Disposición transitoria sexta de la Ley 18/2014, el incremento máximo del IMAAJ está fijado en 0% entre 2015 y 2025, lo que hace que incluso con el cálculo modificado del factor K el resultado final del IMAAJ para 2019 no varíe, interesa que, de cara a futuros periodos, se fije el criterio para el cálculo del factor K de acuerdo a lo establecido en la Ley 18/2014, de forma que Aena no pueda recuperar más que aquello a lo que le da derecho el marco regulatorio.

Sobre la aplicación indebida del parámetro B

ALA considera que no se han dado las circunstancias necesarias para la adecuada medición del parámetro B, relativo al cumplimiento de los objetivos de calidad que se toman en consideración para el ajuste anual de las tarifas aeroportuarias, motivo por el cual no corresponde hacer ningún ajuste por dicho parámetro en la determinación del IMAAJ correspondiente a 2019, al no poder decir que exprese la imagen fiel del cumplimiento de los estándares de calidad de servicio según lo determinado en el artículo 31 de la Ley 18/2014.

Para ello, cita el *“Informe anual de supervisión técnica aeroportuaria”* de 2017 elaborado por Agencia Española de Seguridad Aérea (en adelante, AESA), en cuyo resumen ejecutivo se constató *“la falta de procedimientos específicos para la obtención de datos y el cálculo de los indicadores. En la medida en que avanzó el año Aena elaboró dichos procedimientos, la primera entrega de los mismos por registro de AESA se produjo el 13 de julio de 2017. En las inspecciones realizadas con posterioridad a esta fecha continuaron detectándose distintas deficiencias en los procedimientos de toma de datos y cálculo de los indicadores.”*

Además, según alega ALA, el propio Informe de AESA concluye su análisis de las inspecciones realizadas en los aeropuertos de la red de Aena y los servicios

centrales diciendo que no solamente se han constatado múltiples deficiencias durante dichas inspecciones, sino que, además, la mayor parte de ellas todavía no habían sido subsanadas en la fecha de elaboración de dicho informe.

Por todo lo anterior, solicita a la CNMC, en primer lugar, que se determine que el cálculo del factor K realizado por Aena no está acorde con lo establecido en la Ley 18/2014, y se establezca por parte de la CNMC que el criterio a seguir en este y futuros ejercicios es el de utilizar para el cálculo de dicho factor la mejor estimación del tráfico disponible en cada momento, en lugar del tráfico previsto en el DORA.

En segundo lugar, solicita que se determine que no procede la aplicación del parámetro B para 2019, así como la necesidad de que se subsanen las deficiencias encontradas antes de poder proceder a este ajuste en ejercicios futuros.

SEGUNDO.- Interposición del conflicto por IATA y ACETA

Por otra parte, también con fecha 14 de agosto de 2018, tuvo entrada en el Registro de la CNMC escrito suscrito por tres firmantes que manifestaban actuar en representación de la Asociación de Compañías Españolas de Transporte Aéreo (en adelante, ACETA), de Ryanair e IATA. Por medio de dicho escrito, se presentó un recurso ex artículo 39 de la Ley 18/2014 frente a la aprobación por parte de Aena de las tarifas aeroportuarias para el año 2019, mediante acuerdo adoptado por su Consejo de Administración el 24 de julio de 2018 y notificado el día 30 del mismo mes. Dicho escrito fue presentado por un interesado que dijo actuar en nombre y representación de IATA España S.L.U.

Con fecha 16 de agosto de 2018, se requirió la subsanación del conflicto interpuesto por IATA y ACETA, con la aportación de la acreditación de la representación invocada en su escrito de interposición de conflicto de 14 de agosto y se dispuso la suspensión del plazo máximo de resolución de acuerdo con el artículo 22.1.a) de la Ley 39/2015.

Dichos defectos fueron debidamente subsanados por la representación de IATA España S.L. (en adelante, IATA) y ACETA el 22 de agosto de 2018.

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

Determinación del valor del parámetro Q_t

El objeto del recurso es, en primer lugar, la determinación del valor que debe darse al parámetro Q_t (pasajeros previstos) en la fórmula del IMAAJ que figura en el Anexo IX de la Ley 18/2014, para la actualización de las tarifas aeroportuarias de Aena de 2019.

Mientras que las asociaciones consideran que debe ser la última y mejor previsión existente, es decir la más actualizada posible a la fecha de cálculo de las tarifas, Aena ha aplicado en la fórmula de actualización tarifaria utilizada para determinar las tarifas aprobadas para 2019 la cifra de pasajeros prevista en el DORA.

Dicha discrepancia de interpretación en la determinación del valor del parámetro Q_t ya se puso de manifiesto durante el procedimiento de consultas llevado a cabo por Aena con los usuarios aeroportuarios, según figura en las actas del procedimiento de consulta, en la nota de los asesores de Aena y en la correspondencia epistolar mantenida con Aena con anterioridad a la decisión de su Consejo de Administración de 24 de julio de 2018 sobre las tarifas de 2019.

Las asociaciones consideran que la tarifa de Aena es contraria a derecho porque el ajuste que introduce la Ley 18/2014 relativo al tráfico es *ex post*. Es decir, que la incorporación del factor K_t y el parámetro Q_t a la fórmula de actualización anual se introduce en la normativa para ajustar al máximo posible la desviación producida respecto al cumplimiento al 100% al IMAAJ según el Anexo IX de dicha Ley.

Así sostienen que el espíritu y objetivo de la Ley 18/2014 y del DORA con este ajuste anual es que *“el gestor aeroportuario compense las desviaciones producidas desde la propuesta de valores unitarios de tarifas que, aunque, ex ante, cumple el ingreso anual por pasajero, no lo hace a posteriori debido a la que composición del tráfico difiere entre la real y la utilizada para el establecimiento de las tarifas. Por ello la cantidad K_t debe recuperarse a través de la previsión del tráfico más actualizada posible (...) debido a que el margen de incertidumbre se reduce al ser más exacta la previsión.”*

Según las asociaciones, si se permite a Aena utilizar para el cálculo del parámetro Q_t el valor del tráfico previsto en el DORA, se le reconocerían unos ingresos reales que pudieran exceder del IMAAJ lo que sería contrario al artículo 32.3 de la Ley 18/2014, y que supondría un exceso que cuantifican en 5,4 millones de euros sólo para 2019, utilizando las propias estimaciones de crecimiento de Aena.

A mayor abundamiento, sostienen las asociaciones que la Ley 18/2014 ha utilizado como referente el modelo tarifario del Reino Unido para el aeropuerto de Heathrow, llegando a contener la fórmula los mismos términos y tener el mismo sistema de corrección *ex post*, ya que el factor K , que se denomina igual y cuya finalidad es la de corregir las desviaciones entre el ingreso real por pasajero y el ingreso por pasajero, se calcula utilizando la más reciente estimación del número de pasajeros.

Determinación del valor del parámetro B_t

En segundo lugar, es objeto de recurso la determinación del parámetro B_t , relativo a los incentivos o penalizaciones aplicables por la calidad de los servicios

aeroportuarios de Aena en la fórmula de cálculo del IMAAJ, al considerar las asociaciones que el cálculo realizado por AESA, que es el organismo encargado de realizar el Informe de supervisión técnica aeroportuaria de 2017, no presenta fiabilidad.

En este sentido aluden a que *“según palabras del propio órgano supervisor, los procedimientos no estaban completados hasta la segunda mitad del año, las deficiencias encontradas en las inspecciones estaban a cierre del informe en fase de subsanación y los datos cerrados de los indicadores han sufrido cambios de manera continua”*.

Por todo ello concluyen que no debería incorporarse al cálculo del IMAAJ de 2019 establecido según el artículo 33 a) 1º de la Ley, el valor por calidad del servicio prestado (parámetro B) calculado por AESA, ante la ausencia de fiabilidad del mismo que se refleja en el propio informe de la Agencia.

TERCERO.- Acumulación de los recursos planteados y suspensión de plazo para subsanación.

Con fecha 17 de agosto de 2018 la CNMC dispuso la acumulación de los dos recursos presentados 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.

En el mismo escrito se les comunicó que continuaba suspendido el plazo para resolver los mismos hasta que se subsanasen los defectos advertidos, suspensión que fue levantada el 31 de agosto de 2018, sin que Ryanair llegase a acreditar su representación en plazo, por lo que se le dio por desistido en el procedimiento.

CUARTO.- Comunicación de inicio del procedimiento

Mediante escrito de 17 de septiembre de 2018, el Director de Transportes y Sector Postal de la CNMC comunicó a Aena y a AESA, así como a los recurrentes 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 y AESA de los escritos presentados por ALA, ACETA e IATA y se les confirió un plazo de diez días para formular alegaciones y aportar los documentos que estimasen convenientes en relación con el objeto del conflicto.

QUINTO.- Alegaciones de AENA

En fecha 1 de octubre de 2018 se recibieron alegaciones de Aena en las que se alega resumidamente lo siguiente en relación con el objeto del conflicto planteado:

Respecto del cálculo del factor K

En primer lugar, sostiene Aena que el Acuerdo impugnado parte de un cálculo correcto del factor K y que las previsiones de tráfico estimado contenidas en el DORA tienen carácter invariable y vinculante durante todo el quinquenio regulatorio por lo que son éstas las que deben utilizarse. Así resultaría de una interpretación sistemática y teleológica de la norma aplicable.

Considera Aena que de la definición del factor K establecida en el Anexo IX apartado 2 la Ley 18/2014 se extrae que dicho parámetro tiene por objeto el ajuste entre las desviaciones de la composición o mix de tráfico en cada uno de los aeropuertos integrados en la red de aeropuertos de interés general gestionados por Aena. Así la corrección *ex post* debe referirse únicamente al denominador de la fórmula que toma los pasajeros reales totales del año 2017 y los multiplica por la diferencia entre ingreso unitario real (ingresos reales divididos por el tráfico real del año 2017) y el IMAAJ previsto para el año 2017. Sin embargo, en el denominador de la fórmula debe incluirse, según Aena, el dato invariable del tráfico previsto para el año t por el DORA pues así interpreta la expresión “*aislando las desviaciones del nivel de tráfico*”.

Aena entiende que la interpretación de las asociaciones es contraria a lo dispuesto en el artículo 32.3 de la Ley 18/2014 que establece que “*las tarifas aeroportuarias de cada ejercicio, teniendo en cuenta el tráfico esperado para dicho ejercicio, no representarán unos ingresos esperados que excedan del ingreso máximo anual por pasajero ajustado (IMAAJ). A estos efectos se atenderá exclusivamente al tráfico previsto en el Documento de Regulación aeroportuaria DORA*”.

En este sentido Aena explica que el factor K define un elemento de corrección que nace de la dificultad de trasladar el ingreso máximo permitido o IMAAJ a valores unitarios de tarifa en cada uno de los servicios y aeropuertos como consecuencia de las desviaciones en el tráfico, dificultad que es propia de un sistema tarifario único aplicable a una red de aeropuertos. No se trata de corregir el impacto de los ingresos del gestor derivado de la variación del tráfico real en cada ejercicio respecto del previsto en el DORA, razón por la cual se calcula aislando las desviaciones a nivel de tráfico toda vez que el riesgo de tráfico debe absorberlo el operador.

Por este motivo, concluye Aena, que para el cálculo del factor K el nivel de tráfico estimado de pasajeros del año t (parámetro Q_t) debe ser el que viene reflejado en las estimaciones contenidas en el DORA. Alude también Aena al artículo 29.1 de la Ley 18/2014 que distingue las previsiones quinquenales del DORA, que serían vinculantes, de las decenales que, expresamente, no lo son.

Por otra parte, Aena argumenta que la pretensión de las asociaciones es contraria al principio de que el riesgo de tráfico corresponde al operador que recoge el artículo 27.1, el apartado 3 del Anexo VIII y el ya citado Anexo IX de la Ley 18/2014.

Además, una regulación que promueva la eficiencia del gestor aeroportuario debe ser de naturaleza prospectiva, de modo que el gestor asuma un riesgo propio del mercado, absorbiendo las variaciones de tráfico y trabajando para rebajar unos costes meramente estimados, lo que exige que las estimaciones sean las establecidas en el DORA para poder planificar la gestión.

Por último, señala que cualquier otra interpretación sería contraria a los principios de regulación de tarifas aeroportuarias, de adecuado equilibrio entre el principio de recuperación de costes y la eficiencia y transparencia en la gestión de la red, generando graves distorsiones en la operación de las infraestructuras aeroportuarias y en la formulación de estrategias comerciales por parte de los usuarios de red.

En cuanto a los argumentos de las asociaciones recurrentes, considera Aena que no justifican en modo alguno sus pretensiones de incorrecta aplicación de las previsiones contenidas en la Ley 18/2014 o de errónea utilización de las variables previstas en el DORA. En este sentido considera que el parámetro Q_t debe tener el mismo valor en todos los lugares de la fórmula del IMAAJ y que el hecho de situarse en el apartado 2 del Anexo IX la subfórmula del factor K, no modifica lo anterior. Además, los términos “previstos” y “estimados” son sinónimos. Por último, sostiene que la Ley no ha querido utilizar “la mejor estimación disponible” puesto que no ha determinado cómo se fija. Según Aena, que las asociaciones consideren que la recuperación de la dilución tarifaria es excesiva, o que el mecanismo tarifario del aeropuerto de Heathrow sea distinto, no cambia el marco aplicable a las tarifas de Aena. Según ella lo que pretenden las recurrentes es implantar un marco regulatorio que tome en consideración un ajuste *ex post* entre las previsiones del tráfico esperado realizadas por la Dirección General de Aviación Civil, al inicio de cada periodo regulatorio, y el tráfico (también estimado) que se pudiera prever para el año t en el año t-1 y que no tiene apoyo en la legislación en vigor.

Respecto de la exclusión del parámetro B de la fórmula del IMAAJ

Aena alega, en primer lugar, que el método de cálculo de las tarifas aeroportuarias viene establecido imperativamente en la Ley, lo que incluye la fórmula legal de determinación del IMAAJ, por lo que no cabe la exclusión del parámetro B de la misma ni la modulación del mismo, ya que ésta resulta obligatoria en todos sus términos, y vinculante para los operadores y las autoridades de regulación y supervisión aeroportuaria. Así la Ley 18/2014 dispone en los apartados 1 a 3 del artículo 32 el método de determinación de las tarifas aeroportuarias sin que exista margen alguno que habilite a los operadores o al supervisor a practicar modulaciones. Lo mismo cabe decir del artículo 32 apartado 4 respecto de la actualización anual de cada una de las tarifas y del artículo 33 y Anexo IX en que se establecen los parámetros que se deberán

emplear en la fórmula de determinación del IMAAJ entre los que se encuentra el parámetro B. Según Aena este carácter deriva de la opción legislativa de salvaguardar el principio de recuperación de costes.

En segundo lugar, Aena sostiene que se ha limitado a fijar el IMAAJ mediante la incorporación del parámetro B calculado por AESA en el ejercicio de sus funciones de supervisión en estricto cumplimiento de lo previsto en el artículo 33.1 de la Ley 18/2014. Además, durante el procedimiento de supervisión de AESA, Aena adoptó las medidas propuestas resultando en una mejora sustancial de los procedimientos de obtención de datos y de la información reportada por el gestor aeroportuario, que incrementaron los niveles de fiabilidad hasta lograr que AESA considerase que disponía de información fiable y suficiente para la determinación del parámetro B. Por todo lo anterior, Aena niega que existan defectos o irregularidades en el cálculo del parámetro B, realizado por AESA en ejercicio de sus competencias.

Aena concluye solicitando a esta Comisión que desestime íntegramente las pretensiones esgrimidas por las asociaciones en sus recursos respecto de la determinación del factor K y la aplicación del parámetro B correspondientes al IMAAJ para el año 2019 y, en consecuencia, declare que el Acuerdo impugnado es conforme a derecho.

SEXTO.- Trámite de audiencia

Una vez instruido el procedimiento, mediante escrito de 2 de octubre de 2018 se otorgó a los interesados el correspondiente trámite de audiencia, de conformidad con lo establecido en el artículo 82 de la LPAC.

SEPTIMO.- Alegaciones de AESA

En fecha 16 de octubre de 2018 se recibieron alegaciones de AESA de fecha 9 de octubre de 2018 en las que se alega lo siguiente en relación con el objeto del conflicto planteado:

“El Informe anual de supervisión técnica aeroportuaria incluye entre otros el cálculo del parámetro B con los datos reportados por Aena el 26 de febrero de 2018 como datos de cierre de 2017.*

Durante las inspecciones realizadas en 2017, se constató que AENA, aun no disponiendo de procedimientos específicos orientados a la obtención de los indicadores definidos en el DORA, contaba con procedimientos para la medición y obtención de datos enfocados al control de las actividades relacionadas (asistencia en tierra, control de seguridad, tiempos de indisponibilidades de equipos por mantenimiento). Estos procedimientos fueron en general la base para la elaboración de los procedimientos específicos para la obtención de datos y cálculo de los indicadores.

Mediante la aplicación continuada de las medidas de subsanación de las deficiencias encontradas en las inspecciones de los aeropuertos, Aena tuvo que ajustar los datos de las mediciones de los indicadores para adaptarlos a los requerimientos impuestos por el DORA.

Por lo anterior esta Agencia se ratifica en la conclusión de su documento por la que el parámetro B arroja un valor de 0,20%”.*

OCTAVO.- Alegaciones de IATA y ACETA

En fecha 10 de octubre de 2018 se recibió escrito de alegaciones de IATA y ACETA cuyo resumen es el siguiente:

Contrariamente a lo alegado por Aena, las asociaciones no cuestionan el sistema de riesgo de tráfico que la Ley 18/2014 establece, ni los ingresos del gestor, ni consideran que el factor K esté establecido para compensar el riesgo del tráfico. Así, “*lo que las asociaciones reiteran es que el K_t es una cantidad que nace para compensar al aeropuerto o los usuarios por diferencias en el mix de tráfico. Por ello es necesario que la cantidad a recuperar o devolver, según sea el caso, se realice con el tráfico más actualizado posible para 2019, ya que de este modo el ajuste será más acertado, como hacen en Heathrow año tras año*”, siendo público y notorio que el sistema aplicado en España está directamente inspirado en el sistema que se aplica a ese aeropuerto.

Por otra parte, las asociaciones aclaran que no solicitan la exclusión del parámetro B del cálculo del IMAAJ o la inaplicación del mismo, sino que el parámetro B sea cero por los motivos expuestos en su escrito de interposición de recurso, reiterando que la metodología de medición de los indicadores no fue definida con AESA hasta más de mitad de año y que Aena ha cambiado los valores de los indicadores incluso hasta después del envío final a AESA, por lo que los datos no son fiables.

Además, añaden que AESA detectó numerosas deficiencias durante las inspecciones en la medición de los indicadores y que, aunque se hayan presentado algunas evidencias de subsanación, ello significa que Aena no elaboraba un procedimiento consistente de medición en 2017, ya que las medidas han sido correctoras (se soluciona para el futuro) que no correctivas (se soluciona de inmediato y con carácter retroactivo). Es decir, el que los elementos de subsanación hayan sido atendidos sólo significa que la medición de los indicadores era incorrecta y que se ha intentado poner medidas para solucionarlo, ni siquiera que estas hayan sido resueltas, aspecto que sólo AESA podrá determinar en futuras inspecciones.

Una vez transcurrido el plazo legal concedido en el trámite de audiencia, no se han recibido alegaciones adicionales de Aena ni de ALA.

NOVENO.- 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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Existencia de un conflicto frente a la decisión de Aena de modificación de sus tarifas aeroportuarias para 2019

El presente recurso se interpone en relación con la decisión de 24 de julio de 2018 del Consejo de Administración de Aena sobre actualización de sus tarifas aeroportuarias para 2019.

Concorre, por consiguiente, un conflicto en materia de tarifas aeroportuarias de Aena, que tiene por objeto resolver 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 recursos 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 recurrir será 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 24 de julio de 2018, fue comunicado a la CNMC el día 30 de julio siguiente. Los escritos de interposición del conflicto fueron presentados en el Registro de la CNMC en fecha 14 de agosto de 2018, y el defecto que presentaba respecto a la representación de IATA y ACETA fue subsanado en plazo. De ahí 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 por la Resolución de la CNMC de supervisión de las tarifas aeroportuarias aplicables por Aena en el ejercicio 2019.

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 mediante 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 éstas 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.¹., con sujeción al ingreso máximo anual por pasajero ajustado (IMAAJ) aplicable.”

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.

Así, en el caso que nos ocupa, en la medida en que las cuestiones objeto del procedimiento del conflicto presentado, esto es, la correcta determinación del parámetro Q y del parámetro B en la fórmula del IMAAJ sobre el que Aena ha presentado su propuesta de actualización tarifaria para 2019, han sido objeto de supervisión por parte de la CNMC en el procedimiento STP/DTSP/033/18 sobre la supervisión de las tarifas aeroportuarias aplicables por Aena en el ejercicio 2019, debemos remitirnos a las consideraciones expresadas por esta Sala sobre dichos aspectos en la Resolución de dicho procedimiento de fecha 10 de diciembre de 2018 (en adelante, Resolución de Supervisión).

En este sentido debe tenerse en cuenta que el contenido de las alegaciones presentadas por las partes durante el procedimiento de conflicto coincide, en lo sustancial, con las posiciones de las partes expresadas durante el procedimiento de transparencia y consulta, como quedó reflejado en las actas y en los intercambios de comunicaciones que siguieron a las reuniones, por lo que ya han sido valoradas por la CNMC en el procedimiento de supervisión del mismo y a la hora de adoptar su Resolución anteriormente mencionada. Además, no se han presentado en el procedimiento de conflicto alegaciones nuevas que pongan en cuestión las conclusiones allí alcanzadas.

Así, la determinación del factor K es una de las cuestiones que más han sido debatidas durante el procedimiento de transparencia y consulta y abordadas en profundidad por esta Sala en la Resolución de Supervisión sin que, en el

¹ El subrayado es añadido.

presente procedimiento de conflicto las partes hayan presentado nuevas alegaciones que pudieran modificar la conclusión alcanzada, motivo por el cual debemos remitirnos a las valoraciones contenidas en la misma.

En cualquier caso, debe aclararse que, al contrario de lo que sostiene Aena en sus alegaciones, la revisión del parámetro Q_t en función de la mejor y más actualizada previsión del tráfico conforme a lo solicitado por las asociaciones en lugar de utilizar el tráfico previsto en el DORA, no altera el principio de que el riesgo del tráfico sea asumido por el operador. Es decir, el marco regulador reconoce a Aena un derecho a recuperar 10,66 euros por pasajero en 2017, calculado en función de unas estimaciones de tráfico prefijadas en el DORA y con independencia del volumen de tráfico real. El parámetro Q_t del factor K viene a determinar cómo se traslada el desajuste que se puede producir entre lo previsto en el DORA y lo realmente ingresado, no como consecuencia del volumen de tráfico, sino por las diferencias en el tipo de tráfico (mix de tráfico). Por ello utilizar para el parámetro Q_t la mejor previsión disponible, o el tráfico estimado en el DORA disponible, no modifica el carácter prospectivo del marco ni afecta al principio de que el riesgo de tráfico lo soporta el gestor, ni a la eficiencia del sistema, simplemente facilita que la recuperación por Aena de unos ingresos por pasajero con cargo a las tarifas que se espera que vayan a percibir en el siguiente año sea lo más ajustada posible.

Por ello, debe concluirse que para la determinación del factor de cumplimiento al 100% del IMAAJ (factor K) del Anexo IX, apartado 2, de la Ley 18/2014 debe utilizarse la mejor estimación disponible del tráfico (parámetro Q_t) realizada durante el proceso de consultas correspondiente al ejercicio tarifario en curso.

Por su parte, en relación con el parámetro B, AESA se ha limitado en el procedimiento de conflicto a ratificarse en el valor del B incorporado en su Informe anual de supervisión técnica aeroportuaria, sin aportar datos adicionales no considerados en el procedimiento de supervisión principal de la CNMC que permitan llegar a conclusiones distintas sobre la fiabilidad de los valores finales de algunos de los indicadores del sistema de incentivos/penalizaciones que aconsejaron la adopción de un valor neutro para este componente, no incorporando incentivo o penalización alguno por la calidad del servicio prestada en 2017 en el IMAAJ de 2018.

Por ello, a los efectos de resolución del presente conflicto, según el resultado de la supervisión descrita en el apartado IV.2 de la Resolución de Supervisión de la CNMC, para el cálculo del IMAAJ aplicable a las tarifas aeroportuarias de 2019 debe considerarse un valor del componente B igual a 0.

Finalmente 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 a la suficiencia de ingresos, responde a los principios de no

discriminación, objetividad, eficiencia y transparencia, 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.

Cabe destacar a este respecto que, como se puso de manifiesto en la Resolución de Supervisión, el IMAAJ revisado por la CNMC no modifica la decisión tarifaria sometida a consultas (10,42 euros por pasajero) al haber aplicado Aena la limitación del incremento máximo en un 0% previsto en la disposición transitoria sexta de la Ley 18/2014.

Por ello, y 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 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 apartado IV.2 de la Resolución de Supervisión de la CNMC.

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

RESUELVE

Único.- Estimar el conflicto interpuesto por ALA, ACETA e IATA frente a la decisión del Consejo de Administración de Aena S.M.E., S.A. de 24 de julio de 2018 en el que se fijan las tarifas aeroportuarias para 2019 y declarar que:

- Para la determinación del factor del cumplimiento al 100% del IMAAJ (factor K) del Anexo IX, apartado 2, de la Ley 18/2014 debe utilizarse la mejor estimación disponible del tráfico (parámetro Q) realizada durante el proceso de consultas correspondiente al ejercicio tarifario en curso.
- Para el cálculo del IMAAJ aplicable a la actualización de las tarifas aeroportuarias de 2019 debe considerarse un valor del componente B igual a 0.

Comuníquese este Acuerdo a la Dirección de Transportes y Sector Postal y notifíquese a los interesados.

La presente resolución agota la vía administrativa, no siendo susceptible de recurso de reposición. Puede ser recurrida, no obstante, ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses, de conformidad con lo establecido en la disposición adicional cuarta, 5, de la Ley 29/1998, de 13 de julio.