



Roj: **SAN 2135/2021 - ECLI:ES:AN:2021:2135**

Id Cendoj: **28079230082021100259**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **8**

Fecha: **30/04/2021**

Nº de Recurso: **490/2019**

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: 0000490 /2019

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 02606/2019

Demandante: AENA S.A.

Procurador: SR. RODRÍGUEZ NOGUEIRA

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

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

SENTENCIA N^o:

Ilmo. Sr. Presidente:

D. FERNANDO LUIS RUIZ PIÑEIRO

Ilmos. Sres. Magistrados:

D^a. MERCEDES PEDRAZ CALVO

D. SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO

D^a. ANA ISABEL GÓMEZ GARCÍA

D. EUGENIO FRIAS MARTINEZ

Madrid, a treinta de abril de dos mil veintiuno.

Vistos los autos del recurso contencioso-administrativo num. **490/2019** que ante esta Sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido el Procurado de los Tribunales **Sr. Rodríguez Nogueira** en nombre y representación de **AENA S.A.** frente la Administración del Estado, representada y defendida por el Abogado del Estado, 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, con una cuantía indeterminada. Ha sido Ponente la Magistrado **D^a MERCEDES PEDRAZ CALVO**.

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO- Por la representación procesal indicada se interpuso recurso contencioso-administrativo contra la resolución de referencia.

Por Decreto del Letrado de la Administración de Justicia de esta Sección se acordó admitir el recurso y reclamar el expediente administrativo.

SEGUNDO- Me diante escrito de 3 de julio de 2019 la parte actora formalizó la demanda, en la cual, tras exponer los fundamentos de hecho y de derecho que consideró oportunos terminó suplicando se dicte sentencia " *por la que acuerde estimar el presente recurso y, en consecuencia:*

(a) *Anule la Resolución de la Sala de Supervisión regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia ("CNMC") de 10 diciembre de 2018 "de los conflictos acumulados presentados por ALA, IATA y ACETA contra el Acuerdo del Consejo de Administración 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" -Expte. CFT/DTSP/038/18-*

(b) *Declare la conformidad a Derecho del Acuerdo del Consejo de Administración de AENA, S.M.E., S.A. 24 de julio de 2018, por el que se formula la propuesta de actualización de las tarifas aeroportuarias para 2019.*

(c) *Declare que los criterios de determinación del IMAAJ, son aquellos que se corresponden con lo establecido en esta demanda y, en concreto, los siguientes:*

La variable QT incluida en el Parámetro K del IMAAJ se corresponde con las "estimaciones o previsiones de tráfico de pasajeros esperado" previstos en el DORA para el año correspondiente del quinquenio, de acuerdo con lo previsto en los artículos 24, 29, 32.3 y el Anexo IX de la Ley 18/2014.

El Parámetro B que se deberán incorporar en la fórmula del IMAAJ para cada ejercicio son los resultantes de los cálculos realizados por AESA en el Informe de supervisión técnico aeroportuario, de conformidad con las competencias que le son encomendadas en los artículos 20.4 y 31, apartados 1 a 5, de la Ley 18/2014.

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

TERCERO- El Abogado del Estado contestó a la demanda, igualmente para oponerse a la misma y solicitar su desestimación, con base en los fundamentos de hecho y de derecho que deja expuestos.

CUARTO- La Sala dictó auto acordando recibir a prueba el recurso, practicándose a instancias de la parte actora, la documental, 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 21 de abril de 2021 en que se deliberó y votó habiéndose observado en su tramitación las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO- Es objeto del presente recurso de contencioso-administrativo la resolución dictada el día 10 de diciembre de 2018 por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el expediente CFT/DTSP/038/18 con la siguiente parte dispositiva:

" 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."

SEGUNDO- Los antecedentes de hecho son los siguientes:

1-. El 14 de agosto de 2018 se presenta escrito 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.



Se solicita a la CNMC que se determine que el cálculo del factor K realizado por AENA no es conforme con lo dispuesto en la ley 18/2014 y se determine por la CNMC que el criterio a seguir en el ejercicio 2019 y en los siguientes 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.

Se solicita igualmente que se determine por la CNMC que no procede aplicar el parámetro B para 2019, y la necesidad de subsanar las deficiencias encontradas antes de poder proceder a este ajuste en ejercicios futuros.

2-. El 14 de agosto de 2018 se presenta escrito de recurso en nombre y representación de Asociación de Compañías Españolas de Transporte Aéreo (en adelante, ACETA), de Ryanair e IAT A. Se interpone recurso al amparo del art. 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.

Se solicita a la CNMC que la determinación del valor que debe darse al parámetro Q (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.

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 Kt y el parámetro Ot 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.

En segundo lugar, es objeto de recurso la determinación del parámetro Bt, 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.

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.

3-. La CNMC resuelve acumular ambos recursos e incoar un expediente.

4-. AENA formula alegaciones oponiéndose a las pretensiones ejercitadas por las recurrentes.

5-. AESA formuló alegaciones ratificándose en la conclusión del documento en su día elaborado por el cual el parámetro B arroja un valor del 0,20%.

6-. Dado traslado para alegaciones a los interesados, se presentaron escritos por IATA y ACETA.

TERCERO- La parte actora alega resumidamente lo siguiente: tras exponer los elementos relevantes en cuanto a la fijación de las tarifas litigiosas, sintetiza lo que denomina "las correcciones y criterios" adoptados por la CNMC en la resolución impugnada.

En concreto los siguientes:

1-. En relación con el Parámetro K, rechaza aplicar la previsión o estimación de tráfico Qt y establece la aplicación de "previsiones o estimaciones de tráfico", rechazando la aplicación de las previsiones del DORA, lo que a juicio de la recurrente constituye un incumplimiento de la ley 18/2014, e introduce una incertidumbre "grave e insalvable". En resumen, " *para la determinación del Parámetro K, en vez de tomar el Qt previsto en el DORA -como exige el artículo 32.3 y el Anexo IX, apartados 1 y 2, de la Ley 18/2014 - se deberá utilizar "el valor de Qt estimado durante el proceso de consultas correspondiente al ejercicio tarifario en curso" (y, ello, sin fundamento legal alguno). La Resolución Impugnada corrige las previsiones o estimaciones de tráfico previstas en el DORA (en clara ex limitación de sus competencias).*"

2-. En relación con el Parámetro B, " *considera que las deficiencias observadas durante 2017 en la valoración (datos y metodología) de los indicadores de calidad harían "más prudente" aplicar un valor 0 para ese ejercicio. Y, ello, a pesar de que esas deficiencias fueran corregidas y AESA estimara posible fijar un valor para el cumplimiento de los niveles de calidad en ese ejercicio (el primero en el que se procedía a su fijación). Sin*

embargo, la Resolución Impugnada no aporta ninguna fundamentación jurídica, económica o técnica a la que podamos remitirnos (más allá del argumento relativo a la "prudencia")."

La actora considera que la CNMC se ha extralimitado en sus competencias de supervisión del procedimiento de actualización de las tarifas aeroportuarias, y el acto administrativo impugnado contiene una errónea determinación de los parámetros K y B.

La Resolución Impugnada se ha extralimitado de sus competencias, al corregir las previsiones o estimaciones de tráfico del DORA 2017-2021 y al invadir el ámbito de competencias de AESA en la definición de los Parámetros B. Considera que la función de la CNMC en los conflictos tarifarios es la de garantizar que AENA y las Asociaciones se someten a lo previsto en la DORA para la determinación de todos los parámetros, siendo vinculantes para todas las partes las previsiones de la DORA.

Continúa señalando que no puede modificarse la previsión de tráfico porque *" si a medio camino modificamos esas previsiones o estimaciones de tráfico, estaríamos alterando el riesgo y ventura del gestor aeroportuario, en la medida en que cada año podrían cambiar las previsiones o estimaciones del tráfico y, con ello, las pérdidas o beneficios que la desviación entre "tráfico real" y "tráfico estimado" podría arrojar." Y " una regulación que promueva la eficiencia del gestor aeroportuario debe ser de naturaleza prospectiva, de modo que el gestor asuma un riesgo propio de mercado, absorbiendo las variaciones del tráfico (en lo positivo y en lo negativo) y trabajando para rebajar unos costes meramente estimados."*

La demanda se presenta el día 5 de julio de 2019 y las conclusiones el día 16 de septiembre de 2020.

CUARTO- El Abogado del Estado en la contestación a la demanda alega que en primer lugar, es inadmisibles la pretensión recogida en el apartado c) del suplico de la demanda, según el cual la Sala habría de declarar que la variable QT incluida en el Parámetro K del IMAAJ se corresponde con las "estimaciones o previsiones de tráfico de pasajeros esperado" previstos en el DORA para el año correspondiente del quinquenio, de acuerdo con lo previsto en los artículos 24, 29, 32.3 y el Anexo IX de la Ley 18/2014. Igualmente habría de declarar que el Parámetro B que se deberán incorporar en la fórmula del IMAAJ para cada ejercicio son los resultantes de los cálculos realizados por AESA en el Informe de supervisión técnico aeroportuario, de conformidad con las competencias que le son encomendadas en los artículos 20.4 y 31, apartados 1 a 5, de la Ley 18/2014.

Se trataría de una pretensión de carácter meramente declarativo que no se encuentra entre las contempladas en los arts. 31 y 71.1 de la ley jurisdiccional. Y solicita *" Por tanto, debe desestimarse, sin más, la pretensión contemplada en el apartado c) del suplico de la demanda"*.

Por otra parte, considera que la CNMC es la competente para realizar las tareas de supervisión en el sector de las tarifas aeroportuarias.

En cuanto a los concretos elementos litigiosos, comenzando por el factor K, la CNMC, en ningún momento modifica el DORA ni sus elementos prospectivos (que incluyen las previsiones de tráfico) y de los que resulta un IMAJ para cada año del DORA, pues los 10,66 del IMAJ incluidos en el mismo para 2017 son los que sirven de referencia para el cálculo de lo que le corresponde a AENA según la fórmula del factor K. Es a esto a lo que se refiere el art. 32.3, último párrafo, de la Ley 18/2014.

Según el recurrente, los pasajeros estimados han de resultar los establecidos en el DORA 2017-2021, es decir, los calculados en el momento de aprobación del DORA. El criterio de la CNMC ha sido que estos son pasajeros estimados en el momento que se realiza el ajuste, es decir, durante la aprobación de la tarifa del siguiente ejercicio, que es en el que se incluirá el ajuste del factor K. Destaca el Abogado del Estado que la fórmula del factor K (apartado 2 Anexo IX) está diferenciada en la Ley 18/2014 de la fórmula de determinación del IMAAJ (apartado 1 Anexo IX). Es decir, se calcula el factor K y el valor obtenido se incluye, posteriormente, en la fórmula del IMAAJ. Por tanto, la fórmula del factor K y del IMAAJ son distintas y se calculan de manera independiente, con diferentes definiciones de los parámetros que las componen, en este caso el parámetro Qt.

En relación con el factor B alega que CNMC ha respetado plenamente el criterio de AESA en la identificación las deficiencias técnicas encontradas durante los procedimientos de inspección.

QUINTO- En la resolución impugnada, la CNMC comienza recordando que el artículo 12.1.c) de la ley de creación de la misma, delimita el alcance de la resolución a dictar por dicha Administración en materia de conflictos sobre tarifas aeroportuarias. La 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.

El tenor literal del precepto es el siguiente:



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

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

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

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

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

Igualmente el art. 37 de la ley 18/2014 establece:

"1. En el ejercicio de las funciones de supervisión del procedimiento de transparencia y consultas previsto en el artículo 10.1 de la Ley 31/2013, 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., con sujeción al ingreso máximo anual por pasajero ajustado (IMAAJ) aplicable."

Los dos parámetros debatidos son el Q y el B en la fórmula del IMAAJ, Ingreso Máximo Anual por Pasajero Ajustado.

La CNMC había dictado resolución el día 10 de diciembre de 2018 de supervisión de las tarifas aeroportuarias aplicables por aenas.m.e., s.a. en el ejercicio 2019 expediente STP/DTSP/033/18.

En dicha resolución se señaló que " El procedimiento de consultas para las tarifas aeroportuarias 2019 ha concluido con el acuerdo de las partes en cuanto a la congelación tarifaria que resulta de la aplicación de la disposición transitoria sexta, apartado 1, de la Ley 18/2014 y con la modulación de las PPP propuesta por Aena para 2019. Sin embargo, los usuarios aeroportuarios se han mostrado en desacuerdo con la determinación del IMAAJ realizada por Aena, y en particular, con la determinación de algunos parámetros de la fórmula de cálculo del mismo hasta el punto de llegar a presentar un recurso ante la CNMC. Si bien la correcta determinación del IMAAJ no repercutirá en la actualización tarifaria de 2019, sí puede tener efectos en sucesivos ejercicios de actualización tarifaria."

En la parte dispositiva de dicha resolución se acordó entre otros extremos lo siguiente:

"CUARTO.-Declarar que, 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.2 de la presente Resolución, el IMAAJ que debe aplicarse a las tarifas de 2019 es de 10,43 euros por pasajero.

QUINTO.-Declarar aplicable la actualización tarifaria comunicada por Aena S.M.E., S.A. para el ejercicio 2019, al resultar compatible con el IMAAJ revisado por la CNMC en la presente Resolución y con el artículo 32.4 y la Disposición transitoria sexta de la Ley 18/2014."

La resolución ahora impugnada recuerda que las posiciones de las partes en este conflicto son sustancialmente las mismas que se mantuvieron entonces. Y se razona que:

" 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 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 Ot 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 Ot 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 Ot 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 I MAAJ (factor K) del Anexo IX, apartado 2, de la Ley 18/2014 debe utilizarse la mejor estimación disponible del tráfico (parámetro Ot) 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 I MAAJ 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. "

En esa fecha, 10 de diciembre de 2018, cuando se adoptó el acuerdo relativo a las tarifas de AENA para 2019, estaba en trámite el procedimiento origen de este recurso.

SEXTO- En primer lugar, es necesario recordar las normas de aplicación al caso, básicamente la ley 21/2003 de Seguridad Aérea, la ley 18/2014 de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia, el DORA y el Informe de Supervisión Técnica de 2017 de la Agencia Española de Seguridad Aérea.

1-. La ley 21/2003 de Seguridad Aérea BOE de 8 de julio de 2003.

A) regula en su artículo 68 los ingresos de AENA y en su párrafo 2 establece lo siguiente:

2. Tendrán la consideración de prestaciones patrimoniales de carácter público, las prestaciones que la citada sociedad deba percibir en los siguientes supuestos:

a) Por la utilización de las pistas de los aeropuertos civiles y de utilización conjunta y de las bases aéreas abiertas al tráfico civil por las aeronaves y la prestación de los servicios precisos para dicha utilización, distintos de la asistencia en tierra a las aeronaves, pasajeros y mercancías.

b) Por los servicios de tránsito aéreo de aeródromo que facilite el gestor aeroportuario, sin perjuicio de que tales servicios se presten a través de los proveedores de servicios de tránsito aéreo debidamente certificados que hubieren sido contratados por aquél y designados al efecto por el Ministerio de Fomento.

c) Por los servicios de meteorología que facilite el gestor aeroportuario, sin perjuicio de que tales servicios se presten a través de los proveedores de servicios de meteorología debidamente certificados y, además, designados al efecto por el Ministerio de Medio Ambiente y Medio Rural y Marino.

d) Por los servicios de inspección y control de pasajeros y equipajes en los recintos aeroportuarios así como los medios, instalaciones y equipamiento necesarios para la prestación de los servicios de control y vigilancia en las áreas de movimiento de aeronaves, zonas de libre acceso, zonas de acceso controlado y zonas restringidas de seguridad en todo el recinto aeroportuario ligados a las prestaciones patrimoniales de carácter público.



- e) *Por la puesta a disposición a los pasajeros de las instalaciones aeroportuarias no accesibles a los visitantes en terminales, plataformas y pistas, necesaria para poder hacer efectivo su contrato de transporte aéreo.*
- f) *Por los servicios que permiten la movilidad general de los pasajeros y la asistencia necesaria a las personas con movilidad reducida (PMRs) para permitirles desplazarse desde un punto de llegada al aeropuerto hasta la aeronave, o desde ésta a un punto de salida, incluyendo el embarque y desembarque.*
- g) *Por la utilización de las zonas de estacionamiento de aeronaves habilitadas al efecto en los aeropuertos.*
- h) *Por la utilización de las instalaciones aeroportuarias para facilitar el servicio de embarque y desembarque de pasajeros a las compañías aéreas a través de pasarelas telescópicas o la simple utilización de una posición de plataforma que impida la utilización de la correspondiente pasarela a otros usuarios.*
- i) *Por la utilización del recinto aeroportuario para el transporte y suministro de combustibles y lubricantes, cualquiera que sea el modo de transporte o suministro.*
- j) *Por la utilización del recinto aeroportuario para la prestación de servicios de asistencia en tierra que no se encuentre gravado por otra contraprestación específica."*

B) regula en la Sección 2.ª la " Prestación pública por aterrizaje y servicios de tránsito de aeródromo" y en concreto, en su artículo 72, las definiciones, de los conceptos, y regula en el artículo 74, los " Obligados al pago" y en el artículo 75, los " Importes".

C) regula en la Sección 3ª las " Prestaciones públicas por salida de pasajeros, PMRs y seguridad"

2-. La Ley 18/2014, de 15 de octubre, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia. BOE 17 de octubre de 2014.

A-. El Artículo 23 regula el Documento de Regulación aeroportuaria.

Y establece que " *El Documento de Regulación Aeroportuaria (DORA) es el instrumento básico de definición de las condiciones mínimas necesarias para garantizar la accesibilidad, suficiencia e idoneidad de las infraestructuras aeroportuarias y la adecuada prestación de los servicios aeroportuarios básicos de la red de aeropuertos de Aena, S.A., todo ello establecido por períodos quinquenales.*"

B-. El Artículo 24 regula la Propuesta de Aena, S.A., de Documento de Regulación Aeroportuaria (DORA) y consultas.

C-. El artículo Artículo 25 regula la Elaboración y propuesta de aprobación del Documento de Regulación Aeroportuaria (DORA).

C-. El Artículo 27. Modificación del Documento de Regulación Aeroportuaria (DORA) y establece que " 1. *El Documento de Regulación Aeroportuaria (DORA) podrá ser revisado por causas excepcionales durante su período de vigencia.*

Por causas excepcionales deben entenderse cualesquiera no imputables a Aena, S.A., que sean imprevisibles en el momento de la aprobación del Documento de Regulación Aeroportuaria (DORA), siempre que tengan un efecto cierto y substancial sobre la viabilidad financiera de la red de aeropuertos de Aena, S.A., y así, entre otras, tendrán esta consideración reducciones anuales del tráfico de pasajeros en el conjunto de la red superiores al 10% ocasionadas por desastres naturales, actos terroristas o situaciones bélicas.

En circunstancias no excepcionales, el riesgo de tráfico es del operador."

D-. El Artículo 29 establece el contenido del Documento de Regulación Aeroportuaria (DORA). Y en el apartado 1. letra b) *Las previsiones de tráfico detalladas por aeropuerto para cada año del quinquenio de aplicación del Documento de Regulación Aeroportuaria (DORA), incluyendo:.....3.º Previsiones de tráfico aéreo para cada año del quinquenio (datos de red y por aeropuerto), atendiendo a:*

- i. *Según la tipología de tráfico (pasajeros, operaciones y carga).*
- ii. *Según el mercado (nacional, europeo e internacional)."*

E-. En su artículo 30 regula los "Servicios aeroportuarios básicos" y establece que:

"Son servicios aeroportuarios básicos, a los efectos previstos por este Capítulo, los referidos en las prestaciones patrimoniales públicas del artículo 68.2 de la Ley 21/2003, de 7 de julio, de Seguridad Aérea ."

F-. El Artículo 32 regula el " Régimen de las tarifas aeroportuarias." en el párrafo 2 establece que " *La estructura de las tarifas aeroportuarias es la establecida en los artículos 68 y 72 a 90, ambos inclusive, de la Ley 21/2003, de 7 de julio , y sus sucesivas actualizaciones.*"



En el Anexo IX de la ley se regula el *Ingreso máximo anual por pasajero ajustado (IMAAJ)*

1. *Fórmula del ingreso máximo anual por pasajero ajustado (IMAAJ).*

La fórmula del ingreso máximo anual por pasajero ajustado (IMAAJ) es la siguiente:

Y se aclara que en esta fórmula:

Bt es el incentivo/penalización que se aplica en el año "t" por el cumplimiento de los niveles de calidad del servicio en el T-2.

K es el factor del cumplimiento al 100% del ingreso máximo por pasajero en el año "t".

La ley aclara la trascendencia del IMAAJ en el apartado 2.

3. En el BOE de 27 de febrero de 2017 se publica la **Resolución de 20 de febrero de 2017, de la Dirección General de Aviación Civil, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 27 de enero de 2017, por el que se aprueba el Documento de Regulación Aeroportuaria 2017-2021.**

El Consejo de Ministros en su reunión de 27 de enero de 2017 .acuerda:

Primero. Aprobar el Documento de Regulación Aeroportuaria (DORA) 2017-2021 que se acompaña a este Acuerdo, de conformidad con lo previsto en el artículo 26 de la Ley 18/2014, de 15 de octubre , de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia, acordando su aplicación a partir del día 1 de marzo de 2017.

Segundo. Requerir a Aena, S.A. para que adopte las medidas exigidas por la Ley 18/2014, de 15 de octubre, para establecer y aprobar las tarifas aeroportuarias aplicables conforme al Documento de Regulación Aeroportuaria (DORA) 2017-2021, a partir del día 1 de marzo de 2017."

Este DORA contiene las " *Condiciones aplicables al quinquenio 2017-2021*

3.1. *Previsiones de tráfico*

3.1.1 *Previsiones de tráfico 2017 - 2021"*.

En su exposición de motivos se señala que " *este primer DORA, constituye la piedra angular del nuevo modelo de regulación aeroportuaria implementado con la Ley 18/2014, de 15 de octubre, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia, y es el instrumento que garantizará, durante los próximos cinco años, el correcto desarrollo de las infraestructuras aeroportuarias y la adecuada prestación de los servicios aeroportuarios básicos en la red de aeropuertos de Aena, S.A., que será la responsable última de la gestión aeroportuaria en los términos establecidos en la propia Ley 18/2014 y en este DORA."*

4-. **Directiva 2009/12/CE del Parlamento Europeo y del consejo de 11 de marzo de 2009 relativa a las tasas aeroportuarias .**

En la exposición de motivos apartado 11 se recoge que " *Debe instaurarse un procedimiento obligatorio de consulta regular entre las entidades gestoras y los usuarios de los aeropuertos, que contemple también la posibilidad para ambas partes de recurrir a una autoridad de supervisión independiente siempre que los usuarios impugnen una decisión sobre las tasas aeroportuarias o la modificación del sistema de tarificación."*

En su artículo 1 se establece el objeto, que no es sino el establecimiento de principios comunes para la percepción de tasas aeroportuarias en los aeropuertos comunitarios.

En el art. 2 se recogen las definiciones, entre otras, apartado 4, la de «*tasa aeroportuaria*»: *toda exacción percibida en beneficio de la entidad gestora del aeropuerto y a cargo de los usuarios del aeropuerto, abonada a cambio del uso de las instalaciones y los servicios prestados exclusivamente por la entidad gestora del aeropuerto y relacionados con el aterrizaje, el despegue, la iluminación y estacionamiento de aeronaves, y el tratamiento de los pasajeros y la carga."*

SÉPTIMO-. Con carácter previo hay que abordar la cuestión relativa al apartado c) del suplico de la demanda. El Abogado del Estado no plantea la inadmisión del recurso por esta pretensión sino que señala que al ser constitutiva de una solicitud declarativa, lo que está vetado por la ley jurisdiccional, debe rechazarse y desestimarse.

Esta alegación debe prosperar, porque, como pone de manifiesto en el escrito de contestación a la demanda, a los efectos de valorar la referida pretensión actora, es relevante el hecho de que con esta decisión de la CNMC no se ha modificado la decisión de actualización tarifaria de AENA para 2019, ya que, por aplicación de la disposición transitoria sexta de la Ley 18/2014, sea cual sea el IMAAJ que resulte de la aplicación de la fórmula, no podrá incrementarse respecto del ejercicio precedente.



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 señala la propia AESA en el informe correspondiente al año 2018 "La verificación del cumplimiento de los parámetros del DORA señalados se realiza por medio del procedimiento de supervisión descrito en la "Guía del procedimiento de supervisión para el cumplimiento del documento de regulación aeroportuaria DORA 2017-2021" elaborada por AESA en el primer semestre de 2017, realizando dos actividades: actuaciones inspectoras a los aeropuertos de la red de Aena SME. S.A (en adelante Aena) y a sus Servicios Centrales y análisis de los datos de los indicadores solicitados a Aena en el ámbito de la supervisión."

Con esta consideración a la vista ha adoptado su decisión la CNMC.

Igualmente, y ahora examinando ya lo que constituye el núcleo del recurso, 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.

La competencia para resolver estos conflictos se encuentra en el art. 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."*

Y el artículo 39 de la ley 18/2014 establece:

"Artículo 39. Recursos de las compañías aéreas frente a la decisión de Aena, S.A., de modificación o actualización de las tarifas aeroportuarias.

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

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

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

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

Por último, el considerando 12 de la Directiva 2009/12/CE señala que " Con el fin de garantizar la imparcialidad de sus decisiones y la aplicación correcta y eficaz de la presente Directiva conviene establecer en cada Estado miembro una autoridad de supervisión independiente. Esta autoridad debe disponer de todos los recursos necesarios en cuanto a personal, competencias y medios financieros para el ejercicio de sus funciones."



De aceptarse la conclusión de la recurrente, quedarían tales facultades del regulador reducidas a una nominal supervisión, que este Tribunal considera incompatible con la configuración legal de la CNMC y con las propias previsiones de la Unión Europea, según lo señalado en el art. 6.4 de la referida Directiva:

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

Como señala el Abogado del Estado en la contestación a la demanda, no puede concluirse como resultaría de la estimación de esta alegación de la actora, que la competencia del regulador nacional encargado de la supervisión de la fijación de las tarifas anuales por parte del gestor de la red estatal de aeropuertos se limite a la mera comprobación de una fórmula predeterminada, o a la simple corrección de errores aritméticos en el cálculo de dicha fórmula.

La conclusión es que corresponde a la CNMC como organismo de supervisión independiente, verificar que AENA ha aplicado correctamente las fórmulas del anexo IX para la determinación del IMAAJ, y en su caso revisar dicha actuación de AENA en el oportuno procedimiento de conflicto.

El TJUE en la sentencia dictada el día 21 de noviembre de 2019 en el Asunto C-379/18 Deutsche Lufthansa / Land Berlin, ha establecido que:

1) La Directiva 2009/12/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 2009, relativa a las tasas aeroportuarias, y, en particular, su artículo 3, su artículo 6, apartado 5, letra a), y su artículo 11, apartados 1 y 7, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una disposición nacional que permite a una entidad gestora de aeropuerto determinar con un usuario del aeropuerto tasas aeroportuarias diferentes a las establecidas por dicha entidad y aprobadas por la autoridad de supervisión independiente, en el sentido de dicha Directiva.

2) La Directiva 2009/12 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una interpretación del Derecho nacional conforme a la cual un usuario de aeropuerto no puede impugnar directamente la decisión que aprueba el sistema de tasas aeroportuarias de la autoridad de supervisión independiente, pero puede interponer un recurso contra la entidad gestora del aeropuerto ante un tribunal civil y alegar únicamente, en ese momento, que la tasa fijada en el sistema de tasas aeroportuarias que debe pagar ese usuario no se ajusta a la equidad."

Esta sentencia refuerza la independencia y la relevancia de la gestión de la autoridad de supervisión aeroportuaria.

OCTAVO- Una vez despejada la competencia de la CNMC para adoptar las decisiones combatidas, el siguiente motivo de recurso y de debate procesal se centra en la aplicación del Qt, en la determinación de si los parámetros debatidos en este litigio, que configuran el IMAAJ de un año determinado han de tomar en consideración el número de pasajeros que consta en la DORA para el año concreto, o si por el contrario debe ser el que, de acuerdo con las mejores previsiones, pueda estimarse durante el proceso de consultas previo a la fijación de las tarifas.

Las Asociaciones que plantearon la cuestión a la CNMC entienden, y el acto administrativo así lo consagra, que las previsiones de tráfico deben ser las más actualizadas posibles a la fecha de cálculo de la tarifa, siguiendo el espíritu de la ley 14/2018 en su definición sobre la recuperación de costes ex post a través del parámetro Kt y Qt, y la interpretación unitaria del proceso de consultas conforme a lo establecido en la Directiva 2009/12/Ce.

En concreto el eje sobre el que gira la decisión impugnada, en línea con lo sostenido por las asociaciones que plantearon la cuestión ante la CNMC, es que si bien el modelo regulatorio que establece la ley 18/2014 es prospectivo o ex ante, el ajuste relativo al factor de cumplimiento al 100% del IMAAJ o factor K es uno de los pocos elementos de dicho marco que se determina ex post, como resulta del Anexo IX punto 2:

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

La interpretación se sustenta en el hecho de que al definir los parámetros Q de tráfico se utilizan dos elementos:

Qt.2 · los pasajeros reales totales del año t.2" y

Qt "los pasajeros estimados del año t".

Igualmente, en el apartado 1 en la fórmula del IMAAJ se define el parámetro Q a utilizar para los factores RI y D como son "los pasajeros previstos en el año t".

Esto se interpreta como que al ser el factor K un ajuste ex post, para su cálculo debe utilizarse la mejor estimación del tráfico del año afectado, en lugar del tráfico esperado o previsto en el DORA que es el que se utiliza en los ajustes de los factores RI y D.

Hay que recordar que el DORA es de 27 de febrero de 2017 y que recoge:

2-. Situación actual y líneas estratégicas de Aena para el quinquenio 2017-2021 .

2.1 Evolución y situación actual de los aeropuertos de Aena .

2.2. Líneas estratégicas de Aena para el quinquenio 2017-2021

3-. Condiciones aplicables al quinquenio 2017-2021

3.1 previsiones de tráfico

3.1.1 previsiones de tráfico 2017/2021

3.1.2. previsiones de tráfico 2022/2013"

Dice el DORA:

"3.Condiciones aplicables al quinquenio 2017-2021 Esta sección recoge los requisitos que deberán concurrir en el servicio que prestan los aeropuertos de Aena a la sociedad, de forma que se preserve en todo caso el interés general, y se asegure la suficiencia e idoneidad de la red de aeropuertos, la movilidad de nuestros ciudadanos, y el disfrute de unas infraestructuras modernas, eficaces, de calidad y seguras.

Los incumplimientos de dichos requisitos estarán sujetos a las penalizaciones establecidas en la Ley 18/2014 y concretadas en este DORA y, en su caso, al régimen sancionador previsto en la sección 4ª, Capítulo I, Título II, de la citada ley.

Los requisitos que afecten a las Bases Aéreas abiertas al tráfico civil y/o Aeródromos de utilización conjunta deben responder, en cualquier caso, a lo establecido en la normativa vigente y/o a los acuerdos alcanzados entre el Gestor Aeroportuario y el Ministerio de Defensa.

3.1 Previsiones de tráfico

Durante los últimos tres años, el tráfico en la red de Aena ha experimentado una recuperación sostenida que se prevé continúe durante los próximos años, si bien a un ritmo de crecimiento menor al alcanzado en 2016. En este contexto, las previsiones de tráfico del DORA 2017-2021 reflejan unas expectativas de crecimiento moderado para el quinquenio, en consonancia con las tendencias predominantes en el entorno macroeconómico internacional, y tomando además en consideración, el patrón cíclico de crecimiento histórico, que alterna años de fuerte crecimiento con periodos de caídas de tráfico acusadas.

3.1.1 Previsiones de tráfico 2017 - 2021

La previsión de tráfico del DORA 2017-2021 para el periodo quinquenal se resume en la Tabla 3.1. En el Anexo 1 se desglosan estas previsiones por aeropuerto y año, atendiendo a la tipología de tráfico (pasajeros, operaciones y carga) y según el mercado (nacional, europeo e internacional). El Anexo 1 también incluye las principales hipótesis de cálculo utilizadas para realizar la previsión."

Y continúa:

" De conformidad con lo establecido en el Anexo VIII de la Ley 18/2014, en su apartado séptimo, (...) las variaciones en el número de pasajeros en relación con los valores planificados de un quinquenio y establecidos en el DORA serán a cuenta y riesgo de Aena, salvo que se produzcan situaciones excepcionales en los términos que defina el DORA.

Conforme a lo dispuesto en dicho Anexo, este DORA 2017-2021 establece como situación excepcional, un incremento anual del tráfico de pasajeros en el conjunto de la red que supere en 10 puntos porcentuales a los valores inicialmente previstos (esto es, en tanto por ciento de crecimiento) en la Tabla 3.1 del DORA durante alguno de los años del periodo 2017-2021. Tal circunstancia podrá dar lugar, en su caso, a una modificación del DORA. Dicha modificación se entenderá solamente a los efectos de revertir al sistema los ingresos sobrevenidos por incrementos en el tráfico excepcionalmente altos con respecto a los valores previstos en este DORA. Estos ingresos excepcionalmente altos se refieren a los asociados a la variación del tráfico entre el incremento recogido en la citada Tabla 3.1 más 10 puntos porcentuales y la demanda que realmente se produzca."



A la vista de las previsiones reproducidas, resulta, como pone de relieve el Abogado del Estado, que en la ley 18/2014 se diferencia la fórmula del factor K de la fórmula de determinación del IMAAJ, ambas en el Anexo IX, la una en el apartado 2 y la otra en el apartado 1, siendo evidente el cálculo independiente de uno y otro. No es irrelevante el uso de términos distintos, " *estimados*" y " *previstos*": en la fórmula del IMAAJ se utiliza el término pasajeros previstos y en relación con el factor K se refiere la ley a pasajeros estimados. Esto permite considerar, con la Administración, que el art. 32.3 de la ley cuando establece que " *Las tarifas aeroportuarias de cada ejercicio, teniendo en cuenta el tráfico esperado para dicho ejercicio, no representarán unos ingresos esperados que excedan del ingreso máximo anual por pasajero ajustado (IMAAJ). A estos efectos, se atenderá exclusivamente al tráfico previsto en el Documento de Regulación Aeroportuaria (DORA)*" está regulando el IMAAJ pero no el factor K.

La conclusión se refuerza al constatar que la fórmula del factor K utiliza dos parámetros "Q" con dos definiciones distintas:

Qt_2 = pasajeros reales en t_2

Qt =pasajeros estimados en t .

Por otra parte, la realidad demuestra, y recientemente se ha demostrado con absoluta claridad, la falibilidad de las previsiones de la DORA, inicialmente en el año 2019 porque la cifra real de pasajeros fue superior, y posteriormente, en el año 2020, por las consecuencias de la pandemia y la radical disminución del número de pasajeros. La realidad ha desbordado las previsiones, un año dejándolas muy por debajo, y otro año dejándolas muy por encima de lo constatado.

Como se señala en la contestación a la demanda, y ya se señaló durante la tramitación del conflicto ante la CNMC, de no atenderse a la mejor previsión de tráfico existente durante el procedimiento de transparencia y consultas, la cifra de 57,8 millones de euros, se estaría repartiendo entre un número de pasajeros inferior al que se comprueba, con la consecuencia de incorporar en la tarifa de 2019, una cantidad por pasajero superior a lo que corresponde, lo que resultaría contrario al objetivo que la Ley otorga al factor K, que es únicamente compensar a AENA por la diferencia entre los ingresos por pasajero fijados en el DORA y los reales que ha obtenido.

La Sala concluye que la decisión de la CNMC es conforme a derecho.

NOVENO- Se debate a continuación la conclusión alcanzada por la CNMC en la resolución recurrida en relación con el parámetro B.

La demanda señala que en este caso, la Resolución Impugnada " *no cuestiona la interpretación del parámetro o la aplicación del método empleado para su cálculo, sino que directamente consideran que el Parámetro B debería ser excluido (o inaplicado) de la fórmula de determinación del IMAAJ.*"

Tras recordar las razones por las que la CNMC, para el cálculo del IMAAJ aplicable a las tarifas aeroportuarias de 2019 debe considerarse un valor del componente B igual a 0, la recurrente argumenta que la fórmula legal de determinación del IMAAJ tiene carácter imperativo, por lo que no cabe, en ningún caso, la exclusión del Parámetro B de la fórmula de determinación del IMAAJ.

En realidad, no se ha excluido el parámetro B, sino que se le ha dado un valor cero, frente al valor 0,20 pretendido por la parte recurrente.

La justificación dada por la resolución impugnada es que como pusieron de manifiesto las Asociaciones que promovieron el conflicto, no se han dado las circunstancias necesarias para su adecuada medición y seguimiento durante el ejercicio 2017. En el resumen ejecutivo de su informe para el año 2017, AESA señala que hay una falta de procedimientos para la obtención y cálculo de los indicadores de calidad que forman parte del parámetro B a lo largo del periodo revisado, y que en las inspecciones se han constatado múltiples deficiencias. Además, en relación con los aeropuertos de la red de AENA en concreto "el plan de inspección a los aeropuertos de Aena y servicios centrales realizado de 1 de marzo a 31 de diciembre de 2017 ha dado como resultado la constatación de múltiples deficiencias en los procedimientos de toma de datos y cálculo de los indicadores."

La tabla 6 del informe en la que se constata el estado de deficiencias derivadas de las inspecciones 2017, se recoge en todos los casos "En proceso de subsanación" salvo en Palma de Mallorca, y Lanzarote que están "en proceso de elaboración del Plan de Acciones Correctoras" y en La Gomera, el único en el que se constata "Inspección sin deficiencias".

La actora alega que no es cierto que existan defectos o irregularidades en el cálculo del Parámetro B, realizado por AESA, por lo que su inclusión en el IMAAJ es totalmente procedente.



Concretamente subraya el párrafo siguiente del informe de AESA:

" Los procesos de subsanación de las deficiencias encontradas en las inspecciones realizadas a lo largo de 2017, actualmente en curso, están dando como resultado la mejora de los procedimientos para favorecer la fiabilidad, tanto de la captura como del cálculo de esos indicadores", lo que a juicio de la actora deja claro que la adopción de las medidas propuestas por AESA se llevó a cabo satisfactoriamente, siendo el resultado una mejora sustancial de los procedimientos.

En las líneas inmediatamente anteriores del informe se recoge lo siguiente:

" Las inspecciones realizadas desde marzo de 2017 en los aeropuertos y servicios centrales dieron inicialmente como resultado la constatación de la falta de procedimientos específicos para la obtención de datos y 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. "

Del Informe Anual de Supervisión Técnica del año 2018 de AESA, aportado como documento nº 2, con la contestación a la demanda, AESA señala que se siguen detectando indeterminaciones en los cálculos de los valores de los indicadores SPAX-06, DEET-01, DELA-01 y DELA-02 en algunos de los aeropuertos supervisados o inspeccionados en 2018, por lo que, en estos casos, AESA ha resuelto no contabilizar esos indicadores en el sistema de incentivos para la obtención del parámetro B. Se trata de los indicadores de "Satisfacción de los pasajeros con movilidad reducida SPAX-06", "Disponibilidad de las instalaciones en el edificio terminal DEET-01", "Disponibilidad de puestos de estacionamiento DELA01" y "Disponibilidad de pasarelas de embarque DELA-02".

Es decir, en el 2018 subsisten indeterminaciones en los cálculos de los valores de los indicadores en algunos de los aeropuertos supervisados o inspeccionados en 2018.

Resulta así a juicio de esta Sala que la decisión de la CNMC en este sentido es coherente con las dudas que refleja el informe de AESA en relación con las imprecisiones derivadas de las descritas circunstancias de falta de procedimientos específicos y deficiencias en los procedimientos de toma de datos y cálculo de los indicadores. La recurrente no ha sostenido que tales conclusiones sean erróneas, sino que, reproduciendo un párrafo del informe señala que se "mejoraron" los procedimientos, lo que no implica, a juicio de esta Sala, la "subsanación" de las deficiencias constatadas por AESA.

La valoración cero de este parámetro procede así adecuadamente a neutralizar el impacto de las deficiencias en cuestión, que se habrían traspasado a la determinación del IMAAJ.

Finalmente, la recurrente alega que la CNMC no puede sustituir el juicio técnico de AESA, a la que la Ley le atribuye la función de supervisar técnicamente la aplicación del DORA, debiendo la CNMC limitarse a verificar que AENA ha recogido es la actualización de las tarifas los efectos del Parámetro B fijado en el Informe de AESA.

La Sala no comparte esta apreciación, pues, como se señaló más arriba, el ejercicio de sus obligaciones de supervisión no supone que la CNMC se limite a matemáticamente incorporar a la fórmula determinados datos. Por el contrario, debe valorar la información de que dispone, y si, como es el caso, la propia autoridad administrativa informante apunta a las deficiencias de la recogida de datos y la fragilidad del cálculo de un 0'20 del factor B por la concurrencia de las circunstancias más arriba descritas, la CNMC ha de tomar tales consideraciones en cuenta.

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

DÉCIMO- . Por aplicación de lo dispuesto en el artículo 139 de la ley jurisdiccional, la integra desestimación del recurso ha de conllevar la condena a la parte actora al pago de las costas.

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** y **DESESTIMAMOS** el recurso de contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de **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, descrita en el fundamento jurídico primero de esta sentencia, la cual confirmamos por ser conforme a derecho. Con condena a la parte actora al pago de las costas.



Así, por esta nuestra Sentencia, que se notificará haciendo constar que contra la misma no cabe recurso de casación, siguiendo las indicaciones prescritas en el artículo 248 de la Ley Orgánica 6/1985, y testimonio de la cual será remitido al Juzgado de origen a los efectos legales, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ