

**Sentencia de la sala contencioso-administrativa del Tribunal Supremo de 22 de mayo de 2023 (rec.425/2021)**

---

**Encabezamiento**

**TRIBUNAL SUPREMO**

**Sala de lo Contencioso-Administrativo**

**Sección Tercera**

**Sentencia núm. 657/2023**

Fecha de sentencia: 22/05/2023

Tipo de procedimiento: REC.ORDINARIO(c/a)

Número del procedimiento: 425/2021

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 16/05/2023

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Calvo Rojas

Procedencia: CONSEJO MINISTROS

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Martín Contreras

Transcrito por: dvs

Nota:

REC.ORDINARIO(c/a) núm.: 425/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Calvo Rojas

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Martín Contreras

**TRIBUNAL SUPREMO**

**Sala de lo Contencioso-Administrativo**

**Sección Tercera**

**Sentencia núm. 657/2023**

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Eduardo Espín Templado, presidente

D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat

D. Eduardo Calvo Rojas

D.<sup>a</sup> María Isabel Perelló Doménech

D. Diego Córdoba Castroverde

En Madrid, a 22 de mayo de 2023.

Esta Sala ha visto el recurso contencioso-administrativo nº 425/2021 interpuesto por la Procuradora D<sup>a</sup> Cristina Velasco Echavarri representación de la ASOCIACIÓN EMPRESARIAL DE PROVEEDORES CIVILES DE TRÁNSITO AÉREO DEL MERCADO LIBERALIZADO (APCTA) contra el acuerdo del Consejo de Ministros de 28 de septiembre de 2021 por el que se aprueba el Documento de Regulación Aeroportuaria 2022-2026, publicado mediante resolución de la Dirección General de Aviación Civil de 29 de septiembre de 2021 en el Boletín Oficial del Estado nº 234, de 30 de septiembre de 2021. Ha sido parte demandada, la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO, representada y asistida por el Abogado del Estado; y se ha personado en las actuaciones como parte codemandada AENA, S.M.E, SA, representada por el Procurador D. Javier Hernández Berrocal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo Calvo Rojas.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Mediante escrito presentado el 29 de noviembre de 2021 la representación procesal de la Asociación Empresarial de Proveedores Civiles de Tránsito Aéreo del Mercado Liberalizado (APCTA) interpuso recurso contencioso-administrativo contra el Acuerdo del Consejo de Ministros de 28 de septiembre de 2021 por el que se aprueba el Documento de Regulación Aeroportuaria 2022-2026, publicado mediante resolución de 29 de septiembre de 2021, de la Dirección General de Aviación Civil, en el Boletín Oficial del Estado nº 234, de 30 de septiembre de 2021.

**SEGUNDO.** - Previos los oportunos trámites, la entidad recurrente formalizó demanda mediante escrito presentado el 22 de abril de 2022.

El extenso escrito de demanda (166 páginas) comienza con una amplia exposición de hechos estructurada en once apartados. Y tras ese prolijo relato de "hechos", en el que también se vierten consideraciones jurídicas, la demandante hace una amplia introducción de los motivos de impugnación que va a esgrimir ("a modo de exordio de la demanda") del que destacamos los siguientes puntos:

\* El Documento de Regulación Aeroportuaria para el periodo 2022-2026 (DORA II) es el instrumento de regulación quinquenal establecido por la Ley 18/2014, de carácter fundamentalmente económico y financiero, que define "las condiciones mínimas para garantizar la accesibilidad, suficiencia e idoneidad de las infraestructuras aeroportuarias y la adecuada prestación de los servicios aeroportuarios básicos que se prestan en la red de aeropuertos de Aena", y en el que se reconoce y autoriza a AENA a percibir anualmente, mediante las correspondientes tarifas, unos ingresos máximos necesarios para recuperar solamente los costes esperados que sean eficientes, no discriminatorios y objetivos, en los que AENA incurre como gestor de la red de

aeropuertos de interés general y cuya finalidad principal consiste en garantizar la movilidad de los ciudadanos y la cohesión económica, social y territorial, para asegurar la accesibilidad, suficiencia e idoneidad de la capacidad de las infraestructuras aeroportuarias, la sostenibilidad económica de la red, así como la continuidad y adecuada prestación de los servicios aeroportuarios básicos.

\* En la presente demanda vamos a acreditar la nulidad de pleno derecho del DORA para el periodo 2022-2026 aprobado por el Consejo de Ministros el 28 de septiembre de 2021 por ser contrario a lo dispuesto en los *artículos 16, en especial el apartado b), 29.1.g ) y los puntos 3, 4, 5 y 6.i) del ANEXO VIII de la Ley 18/2014, de 15 de octubre* , de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia, que regula el propio DORA, en relación con la no eficiencia, falta de transparencia y ausencia de objetividad del coste del servicio de tránsito de aeródromo (ATS de aeródromo), que presta la sociedad AENA en virtud del *artículo 7.4 del Real Decreto Ley 13/2010, de 3 de diciembre* , de actuaciones en el ámbito fiscal, laboral y liberalizadoras para fomentar la inversión y la creación de empleo.

\* La nulidad de pleno derecho del DORA II resulta de la vulneración de la Ley 18/2014 en concordancia con otras normas legales y comunitarias que resultan de aplicación, al contemplar un coste del servicio de tránsito de aeródromo para el periodo 2022-2026 que no se corresponde con lo estipulado en la citada Ley 18/2014, y puesto en relación con el contrato adjudicado el 27 de diciembre de 2021 por el Consejo de Administración de AENA a ENAIRE -socio de control de AENA, con más del 51% de su capital- por un procedimiento negociado sin publicidad y sin concurrencia, con nº de expediente DEA-384/2021, bajo el título "Servicios de Navegación Aérea en Aeropuertos de AENA" (expediente DEA-384/2021) para 21 aeropuertos, cuya duración es de 2022 a 2026, por un importe total de 601.212.306,89 €, de los cuales 463.917.068,9 €; se corresponden con el denominado en el Pliego de Prescripciones Técnicas de AENA, Servicio ATS , que comprende el Servicio de Control de Aeródromo (ATC) y el Servicio de Información de Vuelo (AFIS), de acuerdo con el Real Decreto 57/2002 del Reglamento de Circulación Aérea, y a los que hace referencia la Ley 9/2010, y que forma parte del Servicio de Tránsito de Aeródromo, que es como lo denomina el DORA II en referencia a los servicios aeroportuarios básicos retribuidos a través de las prestaciones patrimoniales de carácter público.

\* Del incumplimiento de lo establecido en los *artículos 16, en especial el apartado b), 29.1.g ) y los puntos 3, 4, 5 y 6.i) del Anexo VIII de la Ley 18/2014* , resulta que el coste del Servicio de Tránsito de Aeródromo contratado por AENA a ENAIRE en 21 aeropuertos de su red por importe de 463,9 Millones de €; en el DORA II, es superior al que correspondería de aplicar los criterios de eficiencia, transparencia y objetividad, exigidos por la Ley 18/2014, concretamente, de acuerdo con nuestra valoración, que sean superiores en 269 Millones de €; de más, como tendremos ocasión de acreditar, a juicio de esta parte, en el siguiente punto.

\* Esto, a su vez, provoca que los Ingresos Regulados Requeridos de AENA, que son los costes de todos los servicios básicos aeroportuarios más los costes de capital y que se definen en el punto 5 del Anexo VIII de la Ley 18/2014, recogidos en el DORA II, y que la Ley 18/2014 garantiza recuperar a AENA en el quinquenio 2022-2026 vía las correspondientes tasas, sean superiores a lo que, si se aplicaran criterios de eficiencia, transparencia y objetividad, deberían ser en concreto, como hemos dicho, que sean superiores en 269 Millones de €; de más, como veremos en el siguiente punto.

\* Dado que los Ingresos Regulados Requeridos (IRR) deben ser recuperados por AENA en el quinquenio de aplicación del DORA II mediante los Ingresos Máximos Anuales por Pasajero (IMAP), calculados y autorizados de acuerdo con la Ley 18/2014, ocurre que, si los IRR están sobrestimados, el IMAP, al tener que igualar a los IRR, será también superior al que debería ser, lo que repercutirá, en última instancia, en que las entidades obligadas al pago de los Servicio de tránsito de aeródromo, en base al *artículo 74 de la Ley de Seguridad Aérea*, es decir, las compañías aéreas y las restantes personas físicas, jurídicas o entidades que utilicen las pistas o perciban los servicios definidos en *artículo 68.2, letra b) de la LSA*, deberán pagar más de lo que justamente deberían, en detrimento, en última instancia, de los propios ciudadanos usuarios del transporte aéreo, que verán incrementado asimismo injustamente, el coste de sus billetes por tal causa, y todo ello en contra del interés general declarado en la propia Ley 18/2014. Interés general enunciado en el *artículo 16 de la Ley 18/2014*, y que comprende la movilidad de los ciudadanos y la cohesión económica, social y territorial, asegurando la accesibilidad, suficiencia e idoneidad de las infraestructuras aeroportuarias; la sostenibilidad económica de la red de aeropuertos, así como su gestión eficiente, al menor coste posible; y la continuidad y adecuada prestación de los servicios aeroportuarios básicos, en términos de calidad, regularidad y seguridad, al tiempo que se garantiza la existencia de una red de infraestructuras suficiente para el transporte aéreo.

\* Adicionalmente, el coste de los Servicios de Tránsito Aéreo contratado por AENA a ENAIRE por importe de 463,9 Millones de €; en el DORA II, adjudicado el 27 de diciembre de 2021 por el Consejo de Administración de AENA a ENAIRE por un procedimiento negociado, sin publicidad y sin concurrencia, que representa el 47,2% de los 982,7 millones de €; del coste total en el DORA II para este servicio, y el 77,16% del total del contrato entre AENA y ENAIRE, además de no poder ser considerado eficiente, por lo que no debe ser reconocido, es incompatible con las siguientes normas de aplicación:

a) Ley 9/2010, de 14 de abril, por la que se regula la prestación de servicios de tránsito aéreo, se establecen las obligaciones de los proveedores civiles de dichos servicios y se fijan determinadas condiciones laborales para los controladores civiles de tránsito aéreo, que dispone la aplicación de condiciones de mercado en los Servicios de Tránsito Aéreo en España, y exige a AENA la contratación de nuevos proveedores civiles de servicios de tránsito de aeródromo debidamente certificados por una Autoridad Nacional de Supervisión de la Unión Europea. La norma excluía la liberalización de los servicios de tránsito aéreo de control de aproximación y control de ruta.

b) Real Decreto-ley 13/2010, de 3 de diciembre, de actuaciones en el ámbito fiscal, laboral y liberalizadoras para fomentar la inversión y la creación de empleo, por el que se crea AENA Aeropuertos SA y se determina su régimen jurídico que le obliga a contratar mediante la entonces Ley 31/2007, sustituida por el vigente Real Decreto-ley 30/2020, pudiendo apreciarse una clara situación de conflicto de interés entre AENA y ENAIRE al ser este último el socio de control con el 51% del capital de AENA.

El hecho de que AENA, amparada en una posible exclusividad de ENAIRE sobre 21 aeropuertos, por la inactividad del Ministerio de Transportes, acuda a procedimientos negociados para contratar los servicios de navegación aérea, supone una quiebra de los principios de pública concurrencia y transparencia que rigen la contratación pública.

c) Reglamento de Ejecución (UE) 2019/317 de la Comisión, de 11 de febrero de 2019, por el que se establece un sistema de evaluación del rendimiento y de tarificación en el cielo único europeo y se derogan los Reglamentos de Ejecución (UE) nº 390/2013 y (UE) (OJ L, 56, 25.2. 2019), que regula las tarifas de los servicios de navegación aérea, entre los que se encuentran los Servicios de Tránsito Aéreo de aeródromo, en el marco de Cielo Único Europeo, que es de aplicación en los siete aeropuertos más importantes de la red de AENA y cuyas estipulaciones determinan un cálculo de la tarifa del Servicio de Tránsito Aéreo de aeródromo diferente al calculado por el DORA al no aplicar las condiciones de mercado previstas en dicho Reglamento UE.

\* La decisión, primero de AENA, al elaborar su propuesta del DORA, y posteriormente del Ministerio de Transportes al tramitarlo, y del Consejo de Ministros al aprobarlo, infringe el punto 4 del Anexo VIII de la Ley 18/2014, al reconocer a AENA unos costes del servicio de tránsito de aeródromo que no son eficientes, ni transparentes, ni objetivos y por ser incompatibles y representar una vulneración flagrante de la *disposición adicional 2ª, apartado 3º, de la Ley 9/2010*, en relación con el *artículo 29 de la Ley 18/2014*, que regula el DORA, y que establece los servicios de tránsito aéreo como un indicador que integra los estándares de calidad del servicio (*artículo 29, letra d, número 2, de la Ley 18/2014*), y que determina directamente en los costes operativos reconocidos que se tomarán como base para el cálculo del ingreso máximo anual por pasajero (IMAP) a que se refiere la letra g) de este último precepto legal.

\* En la medida en que el DORA no contempla la plena liberalización y aplicación de condiciones de mercado a los servicios de tránsito aéreo de aeródromo, está vulnerando la *disposición adicional 2ª, apartado 3, de Ley 9/2010*, y las bases de cálculo de las tarifas aeroportuarias (*artículos 29, 32 y 33 de Ley 18/2014* en relación con el *artículo 68 de la Ley 21/2003*).

\* Por todos los motivos expuestos, el DORA 2022-2026 es nulo de pleno derecho, al amparo del *art. 47.2 de la Ley 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas*.

\* Finalmente, la no aplicación de las condiciones de mercado para los Servicios de Tránsito Aéreo de aeródromo, como consecuencia del incumplimiento de lo previsto en la Ley 9/2010, supone una infracción de los *artículos 9.3 y 103 de la Constitución artículo 3.1.e) de la ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público*, del artículo 41 de la Carta de Derechos de la UE y de la jurisprudencia relativa al principio de confianza legítima.

Tras esta amplia "introducción" de los motivos de impugnación, la representación de la demandante procede a su desarrollo en los apartados octavo a decimosegundo del escrito, que, prescindiendo aquí de los numerosos sub- apartados y epígrafes que conforman su estructura argumental, aparecen encabezados por los siguientes enunciados:

Octavo.- El DORA 2022-2026 vulnera la Ley 18/2014, de 15 de octubre, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia; y la Ley 9/2010, de 14 de abril, por la que se regula la prestación de servicios de tránsito aéreo.

Noveno.- El incumplimiento del mandato previsto en la Ley 9/2010 infringe los *artículos 9.3 y 103 de la Constitución , artículo 3.1 apartado e) de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público , el artículo 41 de la Carta de Derechos de la UE, y la jurisprudencia relativa al principio de confianza legítima.*

Décimo.- Sobre la innecesaridad de orden ministerial para la selección por AENA S.M.E., S.A., de nuevos proveedores de tránsito de aeródromo.

Undécimo.- Nulidad de pleno derecho del DORA 2022-2026.

Duodécimo.- Sobre la indefensión ocasionada a esta parte con motivo del *auto de 11 de abril de 2022 .*

Tras ese extenso desarrollo argumental (páginas 56 a 158 de la demanda), termina el escrito de la asociación demandante solicitando que se dicte sentencia por la que anule y deje sin efecto el Acuerdo del Consejo de Ministros de 28 de septiembre de 2021 por el que se aprueba el Documento de Regulación Aeroportuaria 2022-2026, en la medida que no contempla el proceso de selección de nuevos proveedores civiles del servicio de tránsito aéreo de aeródromo en la totalidad de los aeropuertos de AENA S.M.E., S.A. para el cálculo de las prestaciones patrimoniales públicas; con condena en costas al demandado.

**TERCERO.-** El Abogado del Estado contestó la demanda mediante escrito de fecha 6 de junio de 2022 en el que formula, enunciados aquí de forma resumida, los siguientes argumentos de oposición:

**1/** Falta de legitimación activa para impugnar el DORA por los motivos esgrimidos por la Asociación recurrente, pues ésta se está arrogando la defensa de los derechos de las compañías aéreas y de los consumidores (usuarios de los servicios aeroportuarios que abonan la tarifa bien directamente o por repercusión) e incluso una supuesta defensa de la legalidad o del interés general.

Atendiendo a la finalidad y el contenido del DORA su eventual anulación en nada perjudica o beneficia a la asociación recurrente por las siguientes dos razones:

a) Porque, como reconoce el propio escrito de demanda, la senda tarifaria establecida en el DORA no tiene por destinatarios a los proveedores civiles de tránsito aéreo, sino a los usuarios de los servicios directos o indirectos (compañías aéreas y consumidores), de acuerdo con el *artículo 74 de la Ley 21/2003 de Seguridad Aérea .* El supuesto mayor importe tarifario que denuncia la parte recurrente, por lo tanto, no afectaría a los proveedores de servicios de tránsito aéreo de aeródromo en tanto que el sujeto obligado por la prestación patrimonial pública que lo asume, como se indica en la propia demanda, son los usuarios de la infraestructura y no los proveedores de servicios.

Además, tales usuarios de la infraestructura participan en el DORA como interesados, a través de las "asociaciones representativas de usuarios" a las que se refiere el *artículo 19.d) de la Ley 18/2014, de 15 de octubre ,* de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia. Así obra en el expediente y se reconoce en el folio 8 de la demanda; y a esta parte no le consta que estas asociaciones y compañías hayan interpuesto recurso alguno contra el DORA, cuando si se reflejaran costes ineficientes en el mismo incrementando artificialmente la senda tarifaria, como insinúa la parte recurrente, es obvio que habrían reaccionado

contra ello.

b) Porque el DORA no es un instrumento de liberalización ni de no liberalización. Sencillamente fija la senda tarifaria de unos servicios en base a la situación legal preexistente de servicios prestados por AENA a través de ENAIRE y servicios prestados por otros proveedores, sin que el DORA pueda legalmente, ni deba por tanto, incidir en una mayor o menor liberalización del sector.

En consecuencia, es inadmisibile la pretensión del recurrente que considera que el DORA vulnera el régimen jurídico aplicable puesto que "no contempla la plena liberalización y aplicación de las condiciones de mercado a los servicios de tránsito aéreo de aeródromo", puesto que en ningún caso es finalidad del DORA la de liberalizar el servicio de tránsito aéreo o impedir su liberalización. En efecto, no corresponde al Consejo de Ministros mediante la aprobación del DORA la decisión sobre la liberalización de los servicios de tránsito aéreo de aeródromo de los aeropuertos gestionados por Aena S.A. La liberalización de servicios concretos en los aeropuertos españoles es algo permitido por la Ley 9/2010, de 14 de abril, por la que se regula la prestación de servicios de tránsito aéreo, se establecen las obligaciones de los proveedores civiles de dichos servicios y se fijan determinadas condiciones laborales para los controladores civiles de tránsito aéreo (Ley 9/2010 en adelante), no en la Ley 18/2014, y nada tiene que ver con el DORA.

**2/** Extralimitación del "petitum". Indebida formulación del suplico de la demanda. Pretensión de nulidad total del DORA por la existencia de supuestos costes ineficientes en la cuantificación de la senda tarifaria para el servicio de tránsito aéreo de aeródromo. Inexistencia de petición subsidiaria de nulidad parcial.

La nulidad total que se postula en la demanda no es posible porque, aun cuando se aceptaran en una eventual sentencia la totalidad de los argumentos de la parte recurrente, en ningún caso podrían conllevar la anulación de los apartados del DORA que no guarden relación con este servicio. La nulidad parcial tampoco es posible porque no ha sido solicitada por la parte recurrente y acceder a ella provocaría necesariamente una incongruencia en la sentencia que se dictara, dado que, como señala el artículo 218.1 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, las sentencias han de ser congruentes con las demandas.

Por sola esta razón, la demanda merece ser desestimada. No obstante, el derecho de defensa de la Administración representada exige que seamos exhaustivos en la contestación de las alegaciones de fondo que formula la parte recurrente.

**3/** Subsidiariamente, la liberalización de servicios de tránsito aéreo de aeródromo en España: ni constituye una obligación legal ni existe ningún proceso abierto como afirma la parte recurrente. Inexistencia de inactividad administrativa impugnada.

- Régimen europeo: En el *Reglamento (CE) nº 550/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo de 10 de marzo de 2004*, relativo a la prestación de servicios de navegación aérea en el cielo único europeo ("Reglamento de prestación de servicios"), en modo alguno se impone ningún objetivo de liberalización sino que, por el contrario, se reconoce la peculiaridad de la gestión del espacio aéreo y de la prestación de servicios en este ámbito que considera vinculados al ejercicio de poderes públicos y al margen de las actividades de índole económica por lo que se consideran inaplicables las disposiciones en materia de competencia, puesto que hay afectación no

solo de la seguridad del tránsito aéreo sino de la propia Seguridad del Estado (de ahí que hable de poderes públicos).

El resto del *Reglamento (CE) 550/2004* va dirigido a regular los requisitos que han de cumplir los proveedores designados por los Estados miembros, sea un proveedor único (que sería conforme a la normativa europea) o sean proveedor múltiple como es el caso de España.

El propio *Reglamento (CE) n° 550/2004*, regula también el sistema de tarificación, en la actualidad desarrollado por el Reglamento de Ejecución (UE) 2019/317 de la Comisión, de 11 de febrero de 2019, por el que se establece un sistema de evaluación del rendimiento y de tarificación en el cielo único europeo y se derogan los Reglamentos de Ejecución (UE) n° 390/2013 y (UE) n° 391/2013. Este Reglamento de Ejecución (UE) 2019/317 se limita a constatar los posibles regímenes existentes en los Estados miembros en relación con la provisión de los servicios de tránsito aéreo, y a regular el sistema de tarificación para aquellos aeropuertos, en lo que respecta a la tarifa de aproximación, con 80.000 o más movimientos de transporte aéreo mediante reglas de vuelo por instrumentos (IFR) al año.

- Normativa española: La Ley 9/2010. Necesidad de una Orden Ministerial para que se pueda poner término al procedimiento de liberalización de un servicio en un aeropuerto. Inexistencia de obligación legal de adoptar dicha Orden Ministerial. Inexistencia de un "proceso" liberalizador.

En coherencia con el marco jurídico europeo, el *artículo 1 de la Ley 9/2010*, en su apartado 1, procedió a mantener *ex lege* la designación de la actual Entidad Pública Empresarial ENAIRE (antes AENA, Entidad Pública Empresarial) como proveedora de los servicios de control de ruta y aproximación -servicios que quedan fuera por tanto de la mera posibilidad de liberalización-, ya atribuidos a la entidad pública empresarial por su vigente Estatuto, aprobado por Real Decreto 905/1991, de 14 de junio.

ENAIRE, en tanto sucesora de la entidad pública empresarial "Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea" en la prestación de servicios (mientras que AENA S.M.E. S.A. es la sucesora de AENA E.P.E. en la gestión de los aeropuertos de la red de interés general), tras la segregación de la gestión aeroportuaria en la sociedad mercantil estatal, es la entidad con la que, a tenor de lo previsto en la *disposición adicional segunda, apartado primero, de la Ley 9/2010, AENA S .M.E. S.A.* podrá prestar los servicios de tránsito aéreo de aeródromo.

En su apartado segundo este artículo 1 reconocía la competencia del entonces Ministerio de Fomento (hoy Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana) para la designación de los proveedores de servicios de tránsito aéreo de aeródromo cuando, conforme a la Disposición adicional segunda, se decidiera liberalizar un servicio en algún aeropuerto, pero sin imponer obligación alguna.

La designación del proveedor de servicios de tránsito aéreo de aeródromo por el Ministerio de Fomento, continúa el apartado tercero del mismo artículo 1, se hará a propuesta del gestor aeroportuario. La propuesta concretará el tipo de servicios de tránsito aéreo que solicita para el aeródromo, de acuerdo con sus características técnicas, económicas y la normativa aplicable, así como, en su caso, la empresa o entidad proveedora. La propuesta del gestor aeroportuario formará parte de su poder de organización, sin que en ningún caso tengan carácter vinculante para aquél ni los

informes que deban acompañar su propuesta, ni los acuerdos o pactos que deban precederla, cualquiera que fuera la norma que los hubiera establecido o los exija. El inicio en la prestación de servicios por parte del proveedor de servicios de tránsito aéreo designado requerirá en todo caso la previa supervisión e informe favorable por parte de la Agencia Estatal de Seguridad Aérea.

Esto es, este artículo determinaba que la designación del proveedor se realizaría a propuesta del gestor aeroportuario, condicionando la liberalización de tales servicios en los aeropuertos de la red de AENA, S.M.E., S.A. a la decisión del entonces Ministro de Fomento, conforme a su disposición adicional segunda, apartado tercero, y sin perjuicio de lo establecido en su apartado segundo en relación con la identificación de los aeródromos en los que se empezará a prestar servicios AFIS.

- La necesidad de Orden Ministerial. Aplicación práctica hasta la fecha de la *disposición adicional segunda de la Ley 9/2010* .

El procedimiento administrativo para la liberalización del servicio de tránsito aéreo exige una orden del Ministerio de Fomento para el inicio de la selección de nuevos proveedores. Así resulta tanto del apartado segundo en relación con los aeródromos donde se preste el servicio en modalidad AFIS ("El Ministerio de Fomento determinará mediante orden en qué aeródromos se prestará dicho servicio de información de vuelo"), como en los aeropuertos de la red de interés general gestionados por AENA (ya sean en modalidad de control o AFIS) a los que se refiere el apartado 3º ("Para aquellos aeródromos que se determinen por orden del Ministerio de Fomento y en el plazo que en las mismas se establezca").

El Abogado del Estado expone a continuación cómo se ha desenvuelto lo que la asociación recurrente llama "proceso" liberalizador y que, en realidad, no es sino una sucesión de actos de liberalización de algunos servicios o modalidades de servicios en aeropuertos concretos en aplicación de esta disposición adicional segunda. Y tras esa exposición formula las siguientes conclusiones: 1º/ Que es evidente que la exigencia de una orden ministerial para abrir los servicios de tránsito a licitación, esto es, para liberalizar el servicio, ya sea en la modalidad de control o en la modalidad AFIS, afecta a todos los aeropuertos cuya gestión corresponde a AENA S.M.E. S.A. Los argumentos que escuetamente dedica la parte recurrente en un único folio 118 de la demanda a defender la no necesidad de la orden ministerial son insostenibles. 2º/ Que ni la Orden FOM/3352/2010, de 22 de diciembre, por la que se determinan los aeropuertos gestionados por la entidad pública empresarial Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea para la selección de nuevos proveedores civiles de servicios de control de tránsito aéreo de aeródromo, a la que el recurrente insistentemente se refiere como el inicio y fin del inexistente "proceso" de liberalización, ni ninguna otra del resto de órdenes ministeriales citadas han sido dictadas en cumplimiento de una obligación legal.

A la vista de la *disposición adicional segunda de la Ley 9/2010* , lo que hace el legislador español no es abrir un proceso de liberalización con fases definidas y un objetivo final (el que sea, liberalización total o parcial hasta un "x" límite), sino que simplemente permite la liberalización. La liberalización de estos servicios es una posibilidad, no una obligación.

Y, de nuevo a la luz de la *disposición adicional segunda de la Ley 9/2010* , vemos que en ningún caso corresponde al Consejo de Ministros mediante la aprobación del DORA, llevar a cabo la liberalización de los servicios de tránsito aéreo, ni establecer

los mecanismos para incentivarlo o iniciar los procedimientos. El procedimiento no está regulado en la Ley 18/2014 que regula el DORA, sino en esta Ley 9/2010 anterior.

En fin, resulta relevante el Informe del E/CNMC/002/2018 Estudio de los Servicios de Tránsito Aéreo en España (documento nº 3 aportado con la demanda) por tratarse de un informe elaborado por un organismo regulador, independiente de las partes contendientes, en un momento temporal previo al inicio del presente procedimiento y, por lo tanto, desconectado respecto de la intención de cualquiera de las partes. En dicho informe se reconoce que la liberalización de los servicios es libre para los países europeos. Solo unos pocos de ellos, entre los que se encuentra España, han comenzado esa actividad de liberalización. Y la Ley 9/2010 reconoce la "posibilidad" de liberalización de determinados servicios, dice la CNMC, no la obligación de hacerlo.

**4/** El procedimiento negociado sin publicidad. Inexistencia de conflicto de intereses.

En primer lugar, quien alega un conflicto de esta naturaleza tiene que concretar las circunstancias o hechos reales y concurrentes que hacen surgir el conflicto, no pudiendo sustentar su existencia en una presunción u opinión. Pues bien, no solo la parte recurrente no cumple esta carga probatoria básica sino que los hechos concurrentes demuestran que no existe ningún tipo de conflicto ni de actividad interesada.

Con posterioridad al año 2010 distintas empresas privadas han entrado en el servicio de tránsito aéreo de aeródromo tanto en el servicio de control propiamente dicho como en el servicio AFIS, por lo que no es cierto que no haya habido actividad de liberalización de la prestación de servicios. Por lo tanto, no se puede concluir la existencia de ningún interés oscuro como el que insinúa el recurrente.

Según reconoce la propia recurrente y se acredita con el Informe justificativo de AENA (folio 70 de la demanda y documento nº 6 de los aportados con la demanda), en el propio pliego del procedimiento negociado sin publicidad por el que se adjudica a ENAIRE la prestación de los servicios no liberalizados por Orden Ministerial se prevé una cláusula que contempla como posibilidad futura, dentro del plazo de vigencia del contrato (hasta el año 2026), la posibilidad de la apertura a la liberalización de servicios en alguno de los 21 aeropuertos en los que los servicios se prestan por ENAIRE. Esto es, la propia gestora de los aeropuertos, que es quien conforme a la normativa que antes hemos visto ha de proponer la apertura a liberalización de los servicios, lo contempla en el propio pliego para ajustar, en su caso, el contrato. No hay por lo tanto, ninguna parálisis de un "proceso" porque no hay tal proceso y porque ni el DORA ni el pliego de contratación suponen ningún tipo de obstáculo a actos concretos de liberalización.

La parte recurrente pretende confundir y empañar la cuestión de la prestación de los servicios de tránsito con su alegato sobre el supuesto conflicto de intereses entre el poder adjudicador, AENA, y el único licitador, ENAIRE, dado que, según señala la recurrente, existe una "situación de dependencia de la primera respecto de la segunda, al disponer ENAIRE del 51 por ciento del accionariado de AENA y, por tanto, como accionista significativo disponer de un control de su actividad incompatible con la libre competencia y el principio de no discriminación entre licitadores" (folio 136 de la demanda).

Esta cuestión del posible conflicto de intereses ya se adujo en la impugnación de los pliegos por una de las empresas que integra APCTA y fue desestimada en la resolución nº 199/2022 de 10 de febrero de 2022, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en los siguientes términos que tienen una lógica absolutamente irrefutable y que hacemos nuestros en la presente contestación: "A partir de lo expuesto, en el caso presente, aunque ENAIRE sea accionista de AENA con un 51 por ciento de sus acciones, parece poco discutible que el personal de AENA, no puede haber actuado movido por ningún interés en favorecer a ENAIRE, ni ha podido influir en el resultado de la licitación de ningún modo, puesto que el procedimiento no admitía, como se ha visto, la posibilidad de concurrencia de varios licitadores. Además, siendo ello debido, como ha quedado reflejado en esta resolución, a una regulación legal, debemos descartar de plano, la concurrencia de conflicto de interés en este caso".

**5/ Subsidiariamente, respecto de los fundamentos de derecho primero, segundo y tercero de la demanda:** Los costes incorporados en el DORA no son ineficientes ni están carentes de transparencia u objetividad. Inexistencia de nulidad de pleno derecho.

El DORA fija los costes correspondientes a cada servicio aeroportuario, así como los costes operativos de tales servicios que han de servir para la determinación del ingreso máximo anual por pasajero, conforme al principio de eficiencia recogido en el *artículo 16 y en el apartado 4 del anexo VIII de la Ley 18/2014*, y la legislación de aplicación.

El concepto de "costes eficientes" que establece la Ley 18/2014, de 15 de octubre, no viene determinado por el coste de los proveedores de servicios de tránsito aéreo de aeródromo aisladamente considerado, con independencia de la liberalización o no del mismo, sino por relación a los costes de los principales aeropuertos cotizados más eficientes. Por lo tanto, cae por su propio peso el planteamiento que hace la parte recurrente de que el DORA incorpora costes ineficientes porque en uno de los servicios (el de tránsito aéreo de aeródromo) incorpora una cifra superior a los cálculos que él estima que serían razonables.

Además, estos costes que la parte actora estima razonables o eficientes parten de una premisa que no se corresponde con la realidad: el cálculo que la demandante hace de los costes se formula en la suposición de que, salvo los servicios de ruta y aproximación, todos los demás servicios de tránsito estuvieran liberalizados en todo el sistema aeroportuario, algo que no ocurre -este es el verdadero fondo de la demanda- y que, además, como hemos visto anteriormente, la norma no obliga a ello.

Por otra parte, la transparencia, objetividad y no discriminación en los costes operativos aprobados en el DORA queda garantizada por el procedimiento previo de consulta con las asociaciones representativas de usuarios de las infraestructuras, contemplados en la Ley 18/2014, de los que no forman parte los proveedores de servicios de tránsito aéreo, y el informe de la CNMC, a la que compete velar por tales extremos. De dicho informe se desprende que el organismo supervisor de las tarifas aeroportuarias y competente para emitir el informe preceptivo del DORA en el ámbito de los costes, entre otros, no valoró que dicha partida fuese ineficiente. Si hubiera sido así, como sucedió con otras partidas de coste, habría aplicado algún ajuste.

Adicionalmente, conviene mencionar que la reiterada mención que se hace en la demanda a la utilización por AENA S.M.E., S.A. del procedimiento negociado sin

publicidad ni concurrencia en la contratación de ENAIRE para la prestación de los servicios de navegación aérea aún no liberalizados, es una cuestión que ya ha sido desestimada mediante la resolución nº 199/2022 de 10 de febrero de 2022 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales - además de la Resolución nº 205/2022 que cita en la página 89.

**6/** Inaplicación de la doctrina de los actos propios y de la doctrina sobre la buena fe y la confianza legítima.

El *artículo 1 de la Ley 9/2010, de 14 de abril*, no sólo no ha otorgado un derecho a los proveedores de servicios de tránsito aéreo a ser designados para la prestación de estos servicios de aeródromo en los aeropuertos de la red de aeropuertos de interés general de AENA S.M.E, S.A., sino que tampoco ha configurado una "expectativa razonable" sobre la que los terceros hayan podido deducir una confianza legítima en base a un deber de coherencia de la Administración que limite su actuación futura.

En concreto, la doctrina de la vinculación de los actos propios no puede imponerse contra normas de carácter imperativo, como lo son los *artículos 1 y la disposición adicional segunda de la Ley 9/2010, de 14 de abril*, donde se obliga, respectivamente, a que exista una previa resolución del Ministerio designando a los proveedores civiles de servicios de tránsito aéreo de aeródromo y a una determinación previa del Ministerio de los aeródromos de la Red de AENA, S.M.E., S.A. susceptibles de ser liberalizados en dichos servicios. Sin las antedichas resoluciones previas del Ministerio no se puede aplicar lo previsto en el *artículo 1 o en la disposición adicional segunda para cambiar al proveedor de servicios de tránsito aéreo de aeródromo (ACS o AFIS)*. La doctrina de la vinculación de los actos propios no puede sustituir esa condición fijada en la Ley 9/2010, porque sería aplicarla sustituyendo una norma de carácter imperativo.

**7/** Información confidencial del DORA. Imposibilidad de indefensión.

Sorprende que la parte recurrente considere que el *auto de 11 de abril de 2022*, que mantuvo la confidencialidad de determinada documentación obrante en el expediente, ha producido indefensión a la parte actora para, a continuación, reconocer que no interpuso recurso frente al mismo "en consideración a que la demanda se dirige al más Alto Tribunal de Justicia" (folio 153 de la demanda). Parece que se quiere decir que interponer recursos contra autos de la Sala es una desconsideración hacia la misma o que la consideración de Alto Tribunal que sin duda tiene el Tribunal Supremo le impediría revisar sus decisiones a la vista de las alegaciones que las partes hacen en ejercicio de su derecho de defensa. Pero más allá de la errática intencionalidad de la parte recurrente, lo cierto y verdad es que no puede procesalmente alegarse indefensión real y efectiva si no se han empleado los medios legales que la legislación procesal pone a disposición de las partes, precisamente, para ejercitar su derecho de defensa.

**CUARTO.-** La representación procesal de la codemandada AENA, S.M.E, S.A., formalizó su contestación a la demanda mediante escrito de fecha 14 de julio de 2022 en el que, en primer lugar, plantea determinadas objeciones de índole procedimental que pasamos a sintetizar.

**A/** Excepciones procesales al recurso presentado por la asociación que deben llevar a la inadmisión del recurso e indebida formulación del suplico de la

demanda que debe conducir a la desestimación del recurso.

1/ Inadmisibilidad del recurso por falta de legitimación activa de la asociación recurrente, en los términos y por las razones aducidas por la Administración demandada.

2/ Procedente desestimación de la demanda por la defectuosa formulación del suplico, pues la parte actora solicita la anulación total del DORA por considerar que ha llevado a cabo un reconocimiento de costes contrario a los principios de eficiencia, objetividad y transparencia vinculado a los costes del servicio de tránsito aéreo. No solicita, en cambio, ni aun subsidiariamente, su anulación parcial, en lo que se refiere simplemente a los costes reconocidos a Aena por la parte correspondiente a los costes asociados a los servicios de tránsito aéreo. De esta manera, incluso aunque fuera cierta la vulneración del DORA II de los principios de eficiencia, transparencia y objetividad ( *quod non* ), ello no podría determinar la anulación total del DORA II; y su anulación parcial, sobre la base de los motivos esgrimidos por la recurrente, daría lugar a una incongruencia en la sentencia. Por ello debe acordarse la desestimación de la demanda, sin posibilidad de aceptar una anulación parcial del DORA II.

**B/** En relación con la controversia de fondo, se aducen los siguientes motivos de oposición:

**1/** El DORA II es un instrumento inhábil para acometer la apertura de los servicios de tránsito aéreo a los prestadores civiles. Absoluta desconexión entre las pretensiones de la recurrente y la fundamentación de la demanda.

El DORA II es un instrumento absolutamente inhábil para acometer la liberalización de los servicios de tránsito aéreo. Esta razón bastaría para la desestimación del recurso, en la medida en que la recurrente hace descansar la fundamentación de su demanda en que el DORA II no contempla la liberalización de estos servicios, siendo, por tanto, contrario a la *disposición adicional 2ª de la Ley 9/2010*.

Se deduce claramente de la demanda que la impugnación del DORA II se ha articulado de forma instrumental, para lograr una finalidad que va mucho más allá de este instrumento regulatorio. Mediante este recurso la Asociación pretende abiertamente forzar la adopción de una decisión política como lo es la determinación de los aeródromos gestionados por Aena en los que los servicios de tránsito aéreo podrán ser prestados por prestadores civiles. Pero lo hace con una fundamentación jurídica absolutamente desvinculada del objeto del recurso.

La disposición adicional de la Ley 9/2010 no puede servir de parámetro de legalidad del DORA II, por la simple razón de que su ámbito funcional nada tiene que ver con la apertura de estos servicios a los prestadores civiles, que debe realizarse conforme al procedimiento establecido en la Ley 9/2010, sin que el DORA II pueda aportar nada a esta tarea de ordenación del sector ni, mucho menos, fijar los costes reconocidos de Aena tomando en consideración una apertura a la prestación de estos servicios que, simplemente, no se ha producido de la manera que habría querido la Asociación demandante.

Aunque el Consejo de Ministros hubiera querido liberalizar la prestación de estos servicios en otros aeródromos distintitos a los ya liberalizados no habría podido hacerlo a través del DORA II, pues la determinación de los aeródromos en los que los

servicios de tránsito aéreo podrán ser prestados por proveedores civiles se debe realizar con arreglo a lo dispuesto en la *disposición adicional 2ª de la Ley 9/2010* . La apertura de la prestación de estos servicios a los prestadores civiles se debe llevar a cabo mediante orden ministerial y no mediante el DORA II, como pretende la recurrente. Si el DORA II llevase a cabo la tarea que pretende la recurrente habría incurrido en una clara extralimitación de su ámbito funcional. No es solo que la legalidad del DORA II no pueda ser analizada sobre la base de la *disposición adicional 2ª de la Ley 9/2010* sino que el DORA II no puede acometer las tareas pretendidas, pues le corresponden a la orden ministerial a la que hace referencia la *disposición adicional 2ª de la Ley 9/2010* .

**2/** La determinación de los costes reconocidos a Aena por el DORA II no es contraria a los principios de eficiencia y transparencia.

En los fundamentos jurídicos octavo, noveno, décimo y undécimo de la demandan, la Asociación recurrente considera que los costes reconocidos a Aena por el DORA II serían contrarios a los principios de eficiencia y transparencia. En particular, en al fundamento jurídico undécimo, tras tratar de sostener que el DORA II es una disposición administrativa de carácter reglamentario, la Asociación considera que el DORA II incurriría en un vicio de nulidad de pleno derecho por ser contrario a la Ley 18/2014, la Ley 9/2010 y al resto de normas de europeas y nacionales sobre la materia (que establecerían, según la Asociación, la obligación de liberalizar completamente la prestación de estos servicios).

En la medida en que todos los razonamientos de la Asociación demandante parten o desarrollan el mismo punto argumental -esto es, la ausencia de liberalización completa de la prestación de estos servicios- bastaría con remitirnos a nuestro fundamento jurídico anterior para darlos por contestado: los reproches a la apertura o liberalización en la prestación de tales servicios acometida hasta la fecha no puede constituir un canon o parámetro de legalidad del DORA II, como tampoco de los costes reconocidos a Aena. No obstante, existen razones para afirmar la compatibilidad del DORA II con los requisitos de eficiencia, objetividad y transparencia.

La Asociación recurrente trata de hacer una comparativa entre los costes soportados por Aena vinculados a los servicios de tránsito y los que soportaría si todos los servicios de tránsito estuviesen "liberalizados". Para ello, la Asociación efectúa una serie de cálculos en relación con el ahorro que se habría producido para Aena si en los 21 aeropuertos de Aena los servicios de tránsito aéreo fuesen prestados por los proveedores civiles que forman parte de APTCA, en lugar de por ENAIRE. Pues bien, esta argumentación debe ser rechazada, por las siguientes razones:

a) En primer lugar, porque la Asociación justifica la (inexistente) falta de eficiencia en los costes reconocidos a Aena en los supuestos e hipotéticos costes de estos servicios que habría soportado Aena si los proveedores civiles que forman parte de la Asociación hubieran resultado adjudicatarios. Este parámetro de comparación, sin embargo, no puede servir por sí mismo para evaluar el carácter eficiente o ineficiente de los costes reconocidos por Aena. No cabe sostener que queda acreditada la falta de eficiencia de los costes reconocidos a Aena en el DORA II por relación a los costes que la Asociación tiene a bien aportar en este procedimiento.

La determinación de los costes reconocidos a Aena mediante el DORA II es una cuestión que requiere apreciaciones técnicas complejas que corresponde realizar a la Administración (y no a la Asociación), con arreglo a la discrecionalidad técnica que le

otorga la Ley 18/2014. Ello no significa que el DORA II quede exento de control jurisdiccional; pero sí implica que la recurrente debe acreditar debidamente que el razonamiento seguido por la Administración -en este caso, para la fijación de los costes operativos en atención al principio de "eficiencia de costes"- resulta ser irrazonable o arbitrario. Y, desde luego, ese carácter de irrazonable o arbitrario no se absuelve con la mera aportación de unos supuestos e hipotéticos costes de prestación del servicio en el que incurrirían las empresas que forman parte de la Asociación (sin ni tan siquiera aportar un informe pericial o de auditoría que permita acreditar el grado de certeza de los costes del servicio de tales empresas para esos años).

c) En segundo lugar, porque no es posible exigir al DORA II que calcule los costes reconocidos a Aena con arreglo a los costes que (hipotéticamente) resultarían de la configuración del sector en los términos que pretende la Asociación. El DORA II debe calcular los costes reconocidos a Aena (como base para el cálculo de las tarifas aeroportuarias) de acuerdo con la realidad del sector. Es decir, el DORA II debe calcular los costes eficientes teniendo en cuenta la situación actual de los servicios de tránsito aéreo. No puede considerarse un coste como ineficiente cuando ha sido calculado teniendo en cuenta la configuración que los poderes públicos han querido dar a la actividad de provisión de los servicios de tránsito aéreo.

La valoración de la CNMC en su informe pone de manifiesto la incorrección de los reproches vertidos por la Asociación en relación al carácter eficiente, objetivo y transparente de los costes de explotación reconocidos a Aena, así como otras cuestiones a las que se refiere la recurrente en su demanda.

### **3/** El DORA II no adolece de ningún vicio de nulidad de pleno derecho.

Según la Asociación demandante el DORA II incurriría en un vicio de nulidad de pleno derecho en virtud del *artículo 47.2 de la Ley 39/2015*, es decir, el precepto que regula la nulidad de pleno derecho de las disposiciones administrativas de carácter general o reglamentarias. Y para fundamentar este alegato dedica un buen número de páginas a tratar de justificar su carácter de disposición administrativa reglamentaria. Sin embargo, las sentencias que cita la demandante nada tienen que ver con el DORA. La Asociación recurrente podría haber tratado de fundamentar su recurso alegando en un mero vicio de anulabilidad, pero lo cierto es que no lo ha hecho; por lo que la legalidad del DORA II se deberá analizar sobre la base de las causas de nulidad de pleno derecho de las disposiciones administrativas de carácter general, que, ciertamente, no concurren.

**4/** En cualquier caso, no se habría producido vulneración alguna de la *disposición adicional 2ª de la Ley 9/2010* por la falta de aprobación de las órdenes ministeriales.

La normativa europea y nacional no imponen la liberalización o apertura de los servicios de tránsito aéreo. Antes al contrario, el *artículo 8.4 del Reglamento (CE) nº 550/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de marzo de 2004*, relativo a la prestación de servicios de navegación aérea en el cielo único europeo, establece que los Estados miembros podrán "elegir discrecionalmente un proveedor de servicios", desde el entendimiento de que "la prestación de servicios de tránsito aéreo, tal como se contempla en el presente Reglamento, está relacionada con el ejercicio de las competencias de los poderes públicos que no son de índole económica y por tanto no justifican la aplicación de las normas del Tratado en materia de competencia" (cfr. Considerando 5 del citado Reglamento). Por su parte, el Reglamento de Ejecución (UE)

2019/317 de la Comisión, de 11 de febrero de 2019, por el que se establece un sistema de evaluación del rendimiento y de tarificación en el cielo único europeo, al que se refiere expresamente la Asociación demandante, tampoco prevé la liberalización de los servicios de tránsito aéreo.

La normativa nacional tampoco impone la liberalización de los servicios de tránsito aéreo. Simplemente, la Ley 9/2010 establece la facultad del Ministerio de proceder a la apertura de la prestación de estos servicios a los proveedores civiles (o liberalización, como lo denomina la Asociación) siempre que se cumplan determinados requisitos de seguridad y se considere conveniente para la organización del servicio. El *artículo 1.2 de la Ley 9/2010* habilita al Ministerio (entonces Ministerio de Fomento) para la designación de proveedores civiles de servicio de tránsito aéreo "debidamente certificados por una Autoridad Nacional de Supervisión de la Unión Europea". Pero para ello, es necesaria la aplicación de la *disposición adicional 2ª de la Ley 9/2010*. Es decir, que se acuerde la liberalización de servicios de tránsito aéreo en aeródromos concretos, previa tramitación del procedimiento establecido en la referida disposición.

De esta manera, la liberalización de los servicios de tránsito aéreo queda condicionada a la aprobación de la orden ministerial a la que se refieren los *apartados 2 y 3 de la disposición adicional 2ª de la Ley 9/2010*. La orden ministerial será necesaria para los aeródromos donde se preste el servicio en modalidad información de vuelo o AFIS previsto en el apartado 2 de la disposición, así como en los aeropuertos de la red de interés general gestionados por Aena (ya sean en modalidad de control o de información de vuelo) a los que se refiere el apartado 3 de la disposición adicional 2ª.

La Asociación insiste en diversos pasajes de su demanda en que el proceso de liberalización ha sido "interrumpido" o "paralizado", por parte del Ministerio, desde la publicación de la Orden FOM/3352/2010. Con ello, pretende dar a entender que el Ministerio habría desatendido sus funciones, debido al "motivo inconfesable" de retener la prestación de estos servicios en manos de ENAIRE. Sin embargo, la situación fáctica que plantea la Asociación no se ajusta a la realidad pues el Ministerio ha publicado diversas órdenes ministeriales liberalizando la prestación de servicios de tránsito aéreo: Orden FOM/1681/2010, de 19 de mayo, aeropuerto de La Gomera; Orden FOM/2376/2010, de 10 de agosto, aeropuerto de El Hierro; Orden FOM/2864/2010, de 13 de octubre, relativa también al aeropuerto de El Hierro y que modifica a la anterior Orden; Orden FOM/3457/2010, de 22 de diciembre, aeropuerto de Burgos; Orden FOM/3226/2011, de 2 de noviembre, aeropuerto de Huesca; Orden FOM/1628/2014, de 29 de agosto, aeródromo de La Seu d'Urgell-Andorra; Orden FOM/1075/2017; y, en fin, Orden FOM/20/2019.

Por tanto, la Orden FOM/3352/2010 no es la única orden ministerial de liberalización de estos servicios, en contra de lo que afirma la Asociación demandante. Lo que ocurre, simplemente, es que la liberalización progresiva de estos servicios no se ajusta a lo que querría la Asociación. Pero ello no implica vulneración alguna de la Ley 9/2010 (ni mucho menos de la Ley 18/2014) con ocasión de la aprobación del DORA II.

**5/** Inexistencia de inactividad reglamentaria por parte de la Administración demandada o del MITMA.

La Asociación insiste en múltiples ocasiones en que el DORA II debe ser

anulado por no contemplar la plena liberalización de los servicios de tránsito aéreo; y en el fundamento jurídico décimo de la demandan sostiene que la Administración habría incurrido en inactividad reglamentaria prohibida y, yendo más allá de los límites de la discrecionalidad reglamentaria, habría incurrido en la ilegalidad de no acometer la completa liberalización de estos servicios. Sin embargo, lo cierto es que no es posible afirmar que se ha producido tal inactividad reglamentaria de la Administración. En primer lugar, porque, como acabamos de ver, sí ha existido una actividad reglamentaria que de forma progresiva ha venido abriendo la prestación de estos servicios a los proveedores civiles. En segundo lugar, porque la Asociación pretende vincular esa supuesta (e inexistente) inactividad de la Administración a los supuestos de "actividad administrativa impugnabile" regulados en los *artículos 25 y 29 de la LJCA*. Esta inactividad administrativa no solo sería imputable al MITMA, por no haber aprobado más órdenes ministeriales, sino también al Consejo de Ministros, por no haber acometido tal liberalización a través del DORA II.

Sin embargo, no concurren los requisitos para determinar que existe actividad administrativa impugnabile. Ya se ha señalado que no es cierto que la Ley 18/2014 obligue al MITMA (y mucho menos al Consejo de Ministros) a dictar las órdenes ministeriales para la liberalización completa de estos servicios en los términos expuestos por la Asociación. Por la misma razón, tampoco la Asociación (o, en su caso, las empresas a las que representa) tiene el derecho a que la Administración acometa la liberalización de estos servicios y, mucho menos, a que acometa una "plena liberalización" como sostiene la recurrente.

En cualquier caso, y aunque se aceptase a efectos dialécticos la imposición a la Administración de la obligación de dictar tales ordenanzas ministeriales para alcanzar la plena liberalización de estos servicios, lo cierto es que el supuesto (e inexistente) retraso o inactividad de la Administración no podría ser imputable al DORA II.

**6/** Inexistencia de vulneración de los principios de confianza legítima y de contrariedad a los actos propios.

Por las mismas razones señaladas en el apartado anterior, no cabe imputar a la Administración la vulneración del principio de confianza legítima.

**7/** Inexistencia de remisión reglamentaria en blanco o deslegalización prohibida en la habilitación al MITMA contenida en la Ley 9/2010 para acordar la liberalización de estos servicios.

La recurrente aduce que "considerar que la *disposición adicional 2ª de la Ley 9/2010* es una habilitación reglamentaria en cuya virtud la Administración decide discrecionalmente, sin sujeción a plazos, obligaciones o condiciones para la liberalización de los servicios de tránsito aéreo de todas las torres de control de los aeropuertos de AENA en la Ley 9/2010, lleva a una deslegalización de la materia con una remisión reglamentaria en blanco". Sin embargo, esta argumentación debe ser rechazada.

No es cierto que la Ley 9/2010 contenga una "deslegalización" de la ordenación del sector o de los servicios de tránsito aéreo. Antes al contrario, la Ley 9/2010 regula detalladamente, entre otras cuestiones, el mecanismo de designación de los proveedores civiles de tránsito aéreo, la garantía de prestación de estos servicios, el tiempo de actividad y descanso de los controladores civiles de tránsito aéreo y las consecuencias de los incumplimientos de las obligaciones impuestas a los

proveedores de servicios de tránsito aéreo. Lo único que hace la Ley 9/2010 es otorgar un margen de apreciación a la Administración para determinar en qué aeródromos concretos podrá permitirse la prestación de tales servicios por parte de los proveedores civiles. Pero ello no implica una deslegalización prohibida, ni mucho menos, o la exoneración a la Administración de la sujeción a cualquier tipo de condición, como quiere hacernos creer la Asociación.

**8/** Inexistencia de indefensión por la ausencia de otorgamiento de acceso a la información declarada confidencial en el procedimiento de elaboración del DORA II.

Tras el examen de los motivos contenidos en la demanda y su posible conexión con la documentación solicitada, debe entenderse que los motivos que justificaron la denegación de la ampliación del expediente y el acceso a los documentos solicitados siguen siendo plenamente aplicables.

Termina el escrito presentado por la representación de Aena, S.M.E., S.A. solicitando que se dicte sentencia por la que, con expresa imposición de costas a la recurrente, se acuerden los siguientes pronunciamientos:

1º) La inadmisión a trámite del recurso contencioso-administrativo por incumplimiento por la parte actora de lo dispuesto en el *artículo 69 (b) de la LJCA* .

2º) Subsidiariamente, la íntegra desestimación del recurso contencioso-administrativo con confirmación de la plena validez de la Acuerdo del Consejo de Ministros de 28 de septiembre de 2021 por el que se aprueba el Documento de Regulación Aeroportuaria para el quinquenio 2022-2026.

**QUINTO.-** Por auto de 20 de julio de 2022 se acordó el recibimiento a prueba, siendo admitida la prueba documental consistente en tener por incorporados el expediente administrativo y la documentación aportada por la demanda. En el citado auto se deniega, en cambio, la prueba documental en la que la parte actora pedía tener acceso a determinados documentos declarados confidenciales; y ello por las mismas razones dadas por *esta Sala en anterior auto de 11 de abril de 2022* en el que, ante la misma petición -formulaba entonces por la parte actora ante de formalizar la demanda- señalábamos que la demandante no había justificado debidamente las razones (relevancia e imprescindibilidad ) que justificarían el acceso a documentos confidenciales.

Contra el citado auto de 20 de julio de 2022 la parte actora interpuso recurso de reposición, siendo este estimado por *auto de 5 de octubre de 2022* en el que se acuerda admitir la prueba documental del apartado II.3 del otrosí de la demanda, que anteriormente se había denegado, especificando el auto que el acceso a la documentación tendría lugar en la sede de la Secretaría de esta Sala y con plena garantía de confidencialidad por parte de la recurrente.

**SEXTO.-** Se emplazó a las partes para que formularan sus conclusiones, trámite que los litigantes evacuaron mediante escritos presentados el 1 de diciembre de 2022, la parte actora, el 22 de diciembre de 2022, la Administración demandada, y el 13 de enero de 2023, la representación procesal de la parte codemandada.

**SÉPTIMO.-** Practicado lo anterior quedaron las actuaciones pendientes de señalamiento para votación y fallo, fijándose finalmente al efecto el día 16 de mayo de

2023, fecha en la que tuvo lugar la deliberación y votación.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

### **PRIMERO.-** Objeto del recurso.

El presente recurso contencioso-administrativo nº 425/2021 lo dirige la representación procesal de la Asociación Empresarial de Proveedores Civiles de Tránsito Aéreo del Mercado Liberalizado (APCTA) contra el acuerdo del Consejo de Ministros de 28 de septiembre de 2021 por el que se aprueba el Documento de Regulación Aeroportuaria 2022-2026, publicado mediante resolución de la Dirección General de Aviación Civil de 29 de septiembre de 2021 en el Boletín Oficial del Estado nº 234, de 30 de septiembre de 2021.

En el antecedente segundo hemos dejado expuesta una amplia reseña de los hechos y motivos de impugnación que alega la asociación recurrente a lo largo de su muy extenso escrito de demanda (166 páginas). Como vimos, la parte actora termina allí solicitando que se dicte sentencia por la que anule y deje sin efecto el Acuerdo del Consejo de Ministros de 28 de septiembre de 2021 por el que se aprueba el Documento de Regulación Aeroportuaria 2022-2026, en la medida que no contempla el proceso de selección de nuevos proveedores civiles del servicio de tránsito aéreo de aeródromo en la totalidad de los aeropuertos de AENA S.M.E., S.A. para el cálculo de las prestaciones patrimoniales públicas; con condena en costas al demandado.

Asimismo, en los antecedentes tercero y cuarto han quedado recogidos los argumentos y motivos de oposición esgrimidos por la Administración del Estado, parte demandada, y por la codemandada AENA.

Siendo esos los términos en los que aparece plantado el debate procesal, antes de entrar a examinar la controversia de fondo debemos pronunciarnos sobre la causa de inadmisibilidad del recurso que han planteado las partes demandada y la codemandada. Y también con carácter previo al examen de la controversia de fondo nos referiremos al alegato de la parte actora (apartado decimosegundo, páginas 151 a 159 de la demanda) sobre la indefensión que se le habría ocasionado con motivo del *auto de 11 de abril de 2022* que denegó a la parte actora el acceso a determinados documentos confidenciales.

**SEGUNDO.-** Cuestiones previas. Rechazo de la causa de inadmisibilidad del recurso planteada por las partes demandada y codemandada; así como de la indefensión que alega la demandante.

La Administración demandada y la codemandada AENA plantean la inadmisibilidad del recurso aduciendo que la asociación recurrente carece de legitimación activa para impugnar el DORA por los motivos esgrimidos en la demanda, porque al hacerlo se está arrogando la defensa de los derechos de las compañías aéreas y de los consumidores (usuarios de los servicios aeroportuarios que abonan la tarifa bien directamente o por repercusión) e incluso una supuesta defensa de la legalidad o del interés general.

Pues bien, la causa de inadmisión debe ser rechazada de acuerdo con una copiosa jurisprudencia de la que son exponente, entre otras, la *sentencia del Pleno de esta Sala Tercera del Tribunal Supremo de 3 de marzo de 2014 (casación 4453/2012)* así como las *sentencias 510/2019, de 11 de abril (recurso*

*contencioso-administrativo 645/2017 , F.J. 3º), 181/2022, de 18 de febrero (casación 3773/2020 F.J. 4 º), 782/2022, de 20 de junio (recurso contencioso- administrativo 47/2021, F.J. 3 º) y 1/2023, de 9 de enero (casación 4374/2021 , F.J. 4º).*

Atendiendo a los criterios establecidos en esa jurisprudencia, es indudable que el acuerdo del Consejo de Ministros que aprueba el Documento de Regulación Aeroportuaria 2022-2026, que es objeto de impugnación en este proceso, es un documento regulatorio que afecta a la esfera de intereses profesionales y económicos de la Asociación Empresarial de Proveedores Civiles de Tránsito Aéreo del Mercado Liberalizado (APCTA); y, por tanto, dicha asociación está legitimada para impugnar el DORA. Ello, claro es, con independencia del mayor o menor acierto de los argumentos de impugnación que esgrime la parte actora y de que pueda ser acogida, o no, la pretensión anulatoria que formula en la demanda.

En cuanto a la indefensión que supuestamente se habría ocasionado a la asociación demandante con motivo del *auto de 11 de abril de 2022* que le denegó el acceso a determinados documentos confidenciales baste recordar que, como ha quedado señalado en el antecedente quinto de esta sentencia, por *auto de esta Sala de 5 de octubre de 2022* se acordó admitir la prueba documental del apartado II.3 del otrosí de la demanda, especificando el auto que el acceso a la documentación tendría lugar en la sede de la Secretaría de esta Sala y con plena garantía de confidencialidad por parte de la recurrente. Por lo demás, todo indica que la propia demandante ha quedado persuadida de que su alegato de indefensión carece de consistencia pues en su escrito de conclusiones, en cuyo apartado III hace una valoración de la prueba practicada, no hace ya referencia a aquella supuesta indefensión.

**TERCERO.-** El Documento de Regulación Aeroportuaria (DORA) que es objeto de impugnación.

El examen de las distintas cuestiones controvertidas requiere que hagamos unas consideraciones de carácter general sobre el denominado Documento de Regulación Aeroportuaria (DORA), que constituye un elemento esencial de la regulación establecida en la Ley 18/2014, de 15 de octubre, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia, con relación al régimen de la red de aeropuertos de interés general como servicio de interés económico general.

Del Preámbulo de la citada Ley 18/2014, apartado IV, es oportuno reproducir aquí el siguiente fragmento:

<< (...) IV. En el ejercicio de la competencia exclusiva estatal, teniendo en cuenta la gestión directa de los aeropuertos de interés general, esta Ley precisa el régimen de la red de aeropuertos de interés general como servicio de interés económico general, con el objeto de garantizar la movilidad de los ciudadanos y la cohesión económica, social y territorial, para asegurar la accesibilidad, suficiencia e idoneidad de la capacidad de las infraestructuras aeroportuarias, la sostenibilidad económica de la red, así como la continuidad y adecuada prestación de los servicios aeroportuarios básicos. La gestión en red, por otra parte, garantiza la sostenibilidad económica de los aeropuertos integrados en ella al permitir, en condiciones de transparencia, objetividad y no discriminación, el sostenimiento de las infraestructuras deficitarias.

La garantía del cumplimiento de los objetivos de interés general que se han

definido se alcanza por una doble vía. De un lado, se establece la integridad de la red de aeropuertos en cuanto que su pervivencia asegura la movilidad de los ciudadanos y la cohesión económica, social y territorial, en términos de accesibilidad, suficiencia, idoneidad, sostenibilidad y continuidad. De otro, se establece el marco al que quedan sujetos los servicios aeroportuarios básicos y las características y condiciones que dicha red debe ostentar para garantizar los objetivos de interés general. Así, se prohíbe el cierre o la enajenación, total o parcial, de cualquiera de las instalaciones o infraestructuras aeroportuarias necesarias para mantener la prestación de servicios aeroportuarios, salvo autorización del Consejo de Ministros o del Ministerio de Fomento, que sólo podrá concederse si no afecta a los objetivos de interés general que debe garantizar dicha red y siempre que no comprometa su sostenibilidad; la ausencia de dicha autorización se anuda a la sanción de nulidad de pleno derecho, todo ello como garantía del mantenimiento íntegro de la red aeroportuaria estatal; se definen las tarifas aeroportuarias y sus elementos esenciales, los servicios aeroportuarios básicos y el marco para determinar los estándares mínimos de calidad, capacidad y condiciones de prestación de los servicios e inversiones requeridas para su cumplimiento, así como las condiciones para la recuperación de los costes derivados de la provisión de estos servicios aeroportuarios básicos.

En cuanto a los ingresos del gestor aeroportuario ligados a los servicios aeroportuarios básicos, éstos tienen naturaleza de prestaciones patrimoniales públicas. Su regulación respeta la reserva de ley en su creación por Ley 21/2003, de 7 de julio, de Seguridad Aérea, modificada por Ley 1/2011, de 4 de marzo, y en la determinación de sus elementos esenciales. La fijación del ingreso máximo por pasajero para cada año del quinquenio en el Documento de Regulación Aeroportuaria (DORA) aprobado por el Consejo de Ministros, o la determinación de éstas prestaciones patrimoniales públicas por el Consejo de Administración de Aena, constituyen meros actos de aplicación de la metodología y las fórmulas de actualización anual, y en su caso, del impacto de las bonificaciones previstas en esta Ley, por lo que queda salvaguardada la reserva legal exigible a este tipo de prestaciones.

[...]

La gestión de los servicios aeroportuarios no esenciales, así como la gestión comercial de las infraestructuras o su explotación urbanística queda sujeta al libre mercado.

El instrumento que establece las obligaciones concretas derivadas de este marco es el Documento de Regulación Aeroportuaria (DORA) adoptado por períodos quinquenales, previa audiencia de las organizaciones representativas de los usuarios de los aeropuertos de la red. No obstante, el DORA se informará a los Comités de Coordinación Aeroportuaria creados por Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad.

Por último, se adecua al nuevo marco regulatorio el régimen jurídico de transparencia, consultas, no discriminación y supervisión en materia de tarifas aeroportuarias, adaptando el establecido en transposición de la *Directiva 2009/12/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 2009*, relativa a las tasas aeroportuarias y vigente a la entrada en vigor de esta Ley.

La articulación de este régimen jurídico permite, por otra parte, establecer las condiciones que aseguren que la red de aeropuertos de interés general cumpla su

cometido como servicio de interés económico general, en el supuesto de que se dé entrada al capital privado en Aena, S. A., al tiempo que, con sujeción estricta al principio de proporcionalidad, se equilibra el derecho a la libertad de empresa en un marco de economía de libre mercado, reconocido en el *artículo 38 de la Constitución*, con la intervención pública para garantizar el interés general según previene el *artículo 128.1 de la Carta Magna*. El régimen articulado, se adecua por lo demás, a lo previsto en el *artículo 14 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea*.

La adopción de este régimen, por otra parte, es necesaria para reforzar la eficiencia económica y la eficacia en la gestión de la red de aeropuertos de interés general, en orden a potenciar la actividad de transporte aéreo, principal beneficiaria, aún sin desconocer el impacto positivo que supondrá la mayor eficiencia en la gestión aeroportuaria en otros segmentos de la aviación como son la aviación general y deportiva. Adicionalmente, adoptar el nuevo marco jurídico con carácter previo a cualquier decisión sobre la entrada de capital privado en el capital social de Aena, S. A., es imprescindible para garantizar la confianza del inversor.

[...]>>.

Entrando ya en el articulado de la *Ley 18/2014, de 15 de octubre, dentro del Título II (Infraestructuras y transporte), Capítulo I (Aviación civil), Sección 1ª (Disposiciones generales en materia de regulación aeroportuaria), el artículo 16 establece lo siguiente:*

<<Artículo 16. Finalidad y objeto.

El establecimiento del marco jurídico aplicable a la red de aeropuertos de interés general de Aena, S.A., tiene por finalidad garantizar por razones de interés general, la movilidad de los ciudadanos y la cohesión económica, social y territorial, asegurando la accesibilidad, suficiencia e idoneidad de las infraestructuras aeroportuarias, la sostenibilidad económica de la red de aeropuertos, así como su gestión eficiente, al menor coste posible, y la continuidad y adecuada prestación de los servicios aeroportuarios básicos, en términos de calidad, regularidad y seguridad, al tiempo que se garantiza la existencia de una red de infraestructuras suficiente para el transporte aéreo.

Con este objeto, se regula:

- a) La obligación de mantenimiento de la red de aeropuertos de interés general.
- b) La fijación de los niveles de calidad del servicio y de los estándares de capacidad de las infraestructuras aeroportuarias integradas en la red, así como el régimen de las condiciones mínimas de servicio de dichas infraestructuras, el régimen de inversiones y los ingresos máximos por pasajero, que reconocerán solamente los costes que sean eficientes, no discriminatorios y objetivos, a través del Documento de Regulación Aeroportuaria (DORA).
- c) El procedimiento para la aprobación y modificación de la cuantía de las tarifas aeroportuarias y las condiciones de transparencia y consulta para su fijación.
- d) La supervisión y el control del cumplimiento de lo dispuesto en los apartados anteriores así como el régimen sancionador aplicable>>.

El *artículo 23 de la misma Ley 18/2014* establece:

<<Artículo 23. Documento de Regulación Aeroportuaria.

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>>.

A partir de esa definición, los preceptos siguientes de la *Ley 18/2014 se ocupan de regular la propuesta de Documento de Regulación Aeroportuaria (DORA) que formula Aena, S.A., tras el preceptivo período de consultas con las asociaciones representativas de usuarios (artículo 24 )*; la elaboración y propuesta de aprobación del Documento de Regulación Aeroportuaria (DORA) que corresponde a la Dirección General de Aviación Civil, que a tal efecto habrá de recabar los informes que la propia norma señala (artículo 25); y, en fin, la aprobación del Documento de Regulación Aeroportuaria por Acuerdo de Consejo de Ministros, previo informe de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos y a propuesta del Ministerio de Fomento (artículo 26).

Siendo ese, expuesto aquí de forma esquemática, el procedimiento a seguir para la aprobación del DORA, otros aspectos relevantes de la regulación legal son los relativos a los supuestos en que procede la modificación del DORA y trámites a seguir para tal modificación (artículo 27) o el tratamiento de la información confidencial y el deber de secreto (artículo 28).

No nos detendremos a examinar esos diferentes aspectos de la regulación legal a los que acabamos de referirnos. En cambio, consideramos relevante para la resolución del presente litigio reseñar lo que dispone el *artículo 29 de la Ley 18/2014* acerca del contenido del Documento de Regulación Aeroportuaria (DORA). Dice ese precepto lo siguiente:

<<Artículo 29. Contenido del Documento de Regulación Aeroportuaria (DORA).

1. El Documento de Regulación Aeroportuaria (DORA) establecerá:

a) Información sobre la evolución y situación actual de la red de aeropuertos y datos de carácter general de Aena, S.A., tales como:

1º Líneas estratégicas de Aena, S.A., para el quinquenio.

2º Evolución y situación actual de los aeropuertos de Aena, S.A.: Capacidad global, calidad y condiciones de servicio. Datos de red y síntesis por aeropuerto.

3º Evolución y situación económico-financiera de Aena, S.A.: Ingresos, gastos e inversiones. Datos de red.

b) Las previsiones de tráfico detalladas por aeropuerto para cada año del quinquenio de aplicación del Documento de Regulación Aeroportuaria (DORA), incluyendo:

1º Entorno macroeconómico previsto para el quinquenio y, en particular, la

evolución de las principales variables que afectan al tráfico.

2º Hipótesis de cálculo.

3º 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).

c) Los estándares de capacidad de las infraestructuras, instrumentados a través de un número determinado de indicadores, establecidos para cada una de las siguientes infraestructuras, para cada aeropuerto y para cada año del quinquenio:

1º Campo de vuelos (pistas de vuelo, rodaje y plataforma).

2º Terminales (pasajeros y carga).

3º Otras infraestructuras aeroportuarias relacionadas con los servicios aeroportuarios básicos indicados en el artículo 30.

Para cada una de estas infraestructuras se incluirán los niveles de capacidad máxima y utilización actuales.

Para el establecimiento de los estándares de capacidad se aplicarán parámetros comúnmente aceptados internacionalmente así como indicadores relevantes que permitan comparar estos estándares de capacidad con los aplicados en otros aeropuertos europeos similares.

d) Los estándares de calidad del servicio, instrumentados a través de un número determinado de indicadores, para cada aeropuerto y para cada año del quinquenio, atendiendo, en su caso, a lo siguiente:

1º Indicadores ligados a los servicios aeroportuarios (medidos mediante encuestas de calidad percibida por los usuarios y mediante obtención directa de datos).

2º Indicadores ligados a los servicios de tránsito aéreo de aeródromo.

3º Indicadores de seguridad operacional.

4º Indicadores medioambientales.

Para el establecimiento de los estándares de calidad se aplicarán también parámetros comúnmente aceptados internacionalmente así como indicadores relevantes que permitan comparar estos estándares de calidad con los aplicados en otros aeropuertos europeos similares.

e) Las condiciones mínimas de servicio de las infraestructuras justificadas por razones de interés general, pudiendo afectar entre otros, según se determine, a horarios mínimos de apertura o régimen de uso.

f) Las inversiones previstas en el quinquenio, consistentes con el resto del contenido del Documento de Regulación Aeroportuaria (DORA), que den respuesta a los estándares de capacidad de las infraestructuras, los estándares de calidad de servicio, las condiciones mínimas de servicio de las infraestructuras y otros requisitos de inversión, mantenimiento y cumplimiento de la normativa fijados en dicho Documento, así como las condiciones en las que las desviaciones no significativas de las inversiones programadas no identificadas como estratégicas podrán ser autorizadas.

El Documento de Regulación Aeroportuaria (DORA) detallará las inversiones por año y aeropuerto, identificando aquéllas que, por su carácter estratégico, deban finalizarse en las fechas preestablecidas en el propio Documento y cuyo retraso será objeto de penalización y afectará a la determinación del ingreso máximo anual por pasajero ajustado (IMAAJ), distinguiéndose las siguientes categorías:

- 1º Terrenos.
- 2º Campo de vuelos.
- 3º Edificios terminales.
- 4º Seguridad.
- 5º Transporte de equipaje.
- 6º Sistemas de navegación aérea.
- 7º Mantenimiento y conservación.
- 8º Intermodalidad y medioambiente.
- 9º Estudios y proyectos.

El valor anual de las inversiones previstas en el quinquenio será el que se incluya en la Base de Activos Regulada (BAR) de cada año, a la que se refiere el Anexo VIII, punto 6 de esta Ley.

g) Los costes operativos y de capital anuales que se tomarán como base para el cálculo del ingreso máximo anual por pasajero (IMAP) al que se refiere la letra h), teniendo en cuenta lo relativo al criterio de eficiencia recogido en el apartado 4 del anexo VIII de esta Ley y a los criterios y principios de eficiencia establecidos en la legislación vigente que sea de aplicación.

h) Los valores del ingreso máximo anual por pasajero (IMAP), para cada año del quinquenio, establecido de conformidad con la metodología prevista en el Anexo VIII de esta Ley.

i) Los valores que permitan establecer los incentivos o penalizaciones anuales por calidad del servicio prestado (parámetro B de la fórmula recogida en el Anexo IX de esta Ley) y las penalizaciones por retraso en la ejecución de inversiones planificadas (parámetro RI de la fórmula del ingreso máximo recogida en el anexo IX de esta Ley) aplicables para la determinación del ingreso máximo anual por pasajero ajustado (IMAAJ) correspondiente a cada ejercicio.

En relación con los incentivos o penalizaciones por calidad de servicio prestado (parámetro B), se identificarán, de los indicadores de calidad a que se refiere la letra d) de este artículo, aquéllos que por su importancia o interés estratégico se utilizarán para realizar las correcciones mencionadas en el párrafo anterior. Para estos indicadores, se fijará para cada año del quinquenio un valor de cumplimiento objetivo y unos límites inferior y superior.

Fijados estos valores, el Documento de Regulación Aeroportuaria (DORA) establecerá el método de cálculo por el que se determinarán los incentivos por mejoras respecto del cumplimiento objetivo o las penalizaciones aplicables en caso de que los niveles de calidad se encuentren por debajo de dicho nivel de cumplimiento.

En relación con las inversiones identificadas como estratégicas (parámetro RI) a tenor de lo previsto en la letra f), el Documento de Regulación Aeroportuaria (DORA) fijará los plazos de finalización de cada inversión así como las penalizaciones por retraso mensual aplicables por incumplimiento de dichos plazos.

j) Los costes por cada servicio aeroportuario básico y la contribución de los costes que se recuperan con cada tarifa a la determinación del ingreso máximo anual por pasajero (IMAP).

2. El Documento de Regulación Aeroportuaria (DORA) incluirá una estimación de tráfico aeroportuario para los 10 años siguientes al quinquenio en que resulte aplicable y las líneas generales de desarrollo aeroportuario para ese período, para facilitar la programación a largo plazo. Estas estimaciones no serán vinculantes>>.

**TERCERO.-** Criterio de esta Sala respecto de las diversas cuestiones controvertidas.

**A/** La demandante sostiene que el DORA para el periodo 2022-2026 aprobado por el Consejo de Ministros el 28 de septiembre de 2021 es nulo de pleno derecho por ser contrario a lo dispuesto en los *artículos 16, en especial el apartado b), 29.1.g ) y los puntos 3, 4, 5 y 6.i) del ANEXO VIII de la Ley 18/2014, de 15 de octubre*, en relación con la no eficiencia, falta de transparencia y ausencia de objetividad del coste del servicio de tránsito de aeródromo, que presta la sociedad AENA en virtud del *artículo 7.4 del Real Decreto-ley 13/2010, de 3 de diciembre*, de actuaciones en el ámbito fiscal, laboral y liberalizadoras para fomentar la inversión y la creación de empleo; servicio que tiene la consideración de prestación patrimonial de carácter público, de acuerdo con el *artículo 68.2.b) de la Ley 21/2003, de 7 de julio, de Seguridad Aérea* y que fue contratado a la entidad pública ENAIRE en 21 aeropuertos de su red por el consta total de 463.9 millones de euros.

Pues bien, el planteamiento de la demandante no puede ser acogido; y ello por las razones que pasamos a exponer en los apartados que siguen.

**B/** Ante todo, debe notarse que los motivos de nulidad que esgrime la demandante, y, en particular, sus reiteradas alegaciones a la falta de eficiencia, transparencia y objetividad de los costes de los servicios de tránsito recogidos en el DORA, guardan conexión directa con los reproches que la recurrente dirige al DORA por no contemplar esta la plena liberalización ni la aplicación de condiciones de mercado a los servicios de tránsito aéreo de aeródromo, con lo que -según la recurrente- el DORA estaría vulnerando la *disposición adicional 2ª, apartado 3, de la*

*Ley 9/2010, de 14 de abril*, por la que se regula la prestación de servicios de tránsito aéreo, se establecen las obligaciones de los proveedores civiles de dichos servicios y se fijan determinadas condiciones laborales para los controladores civiles de tránsito aéreo; y se estarían vulnerando también, siempre según la recurrente, las bases de cálculo de las tarifas aeroportuarias ( *artículos 29 , 32 y 33 de Ley 18/2014* en relación con el *artículo 68 de la Ley 21/2003* ).

Sin embargo, tienen razón la Administración demandada y la codemandada AENA cuando señalan que el Documento de Regulación Aeroportuaria para el periodo 2022-2026, que es objeto de este proceso, no es un instrumento a través del cual se podría acometer la liberalización de los servicios de tránsito aéreo; ni cabe afirmar, por tanto, que el citado DORA incurra en vulneración de la *disposición adicional 2ª de la Ley 9/2010, de 14 de abril* .

Si la Administración hubiera querido liberalizar la prestación de estos servicios en otros aeródromos distintitos a los ya liberalizados, abriendo la prestación de tales servicios a nuevos proveedores civiles de servicios de tránsito de aeródromo, no lo habría hecho a través del DORA, pues no corresponde a este instrumento albergar una decisión de esa índole, que ha de ser adoptada mediante las correspondientes órdenes ministeriales conforme a lo previsto en la *disposición adicional 2ª de la Ley 9/2010* . Y, desde luego, no es achacable al Documento de Regulación Aeroportuaria la inactividad en la que supuestamente habría incurrido la Administración por no dar impulso suficiente al proceso de liberalización al que se refiere la asociación demandante.

La Ley 9/2010, de 14 de abril, que invoca la asociación recurrente, no regula el Documento de Regulación Aeroportuaria (DORA), ni determina su contenido. La regulación del DORA se contiene en la Ley 18/2014, de 15 de octubre, a la que antes nos hemos referido; y, como ya hemos visto, cuando esta norma regula el contenido del DORA ( *artículo 29 de la Ley 18/2014* ) nada establece sobre ese proceso de liberalización al que se refiere la demandante, ni atribuye al DORA ningún cometido con ese fin.

Cabe aceptar que si la Administración hubiera profundizado en el proceso de liberalización al que apunta la *disposición adicional 2ª la Ley 9/2010, de 14 de abril* , tal hecho habría tenido incidencia en los indicadores y parámetros que forman parte del contenido propio del DORA, y, como consecuencia, aquel mayor grado de liberalización habría encontrado reflejo en los datos y determinaciones del Documento de Regulación Aeroportuaria. Pero una cosa es admitir como posible esa correlación y otra muy distinta es reprochar al DORA una falta o insuficiencia de liberalización que en modo alguno es achacable a este documento.

**C/** Deben ser también desestimadas las alegaciones de la parte actora relativas a la falta de eficiencia, transparencia y objetividad de los costes de los servicios de tránsito recogidos en el DORA.

Las deficiencias que la parte actora achaca a la estimación de costes recogida en el DORA vienen dadas, según la demandante, por la paralización del proceso liberalizador a la que ya nos hemos referido y, muy señaladamente, por la falta de eficiencia de los costes de los servicios de tránsito de aeródromo que ENAIRE presta a AENA. Aduce la demandante que existe una clara situación de conflicto de intereses entre AENA y ENAIRE, al ser esta última entidad el socio de control de AENA, con más del 51% de su capital; y que el coste del servicio de tránsito de aeródromo contratado

por AENA a ENAIRE en 21 aeropuertos de su red es significativamente superior al que resultaría en caso de haberse observado los criterios de eficiencia, transparencia y objetividad exigidos por la Ley 18/2014.

Por lo pronto, la impugnación del DORA aprobado por acuerdo del Consejo de Ministros de 28 de septiembre de 2021, que constituye el objeto de este proceso, no es ocasión que pueda aprovecharse para impugnar o cuestionar también el acuerdo del Consejo de Administración de AENA, S.M.E., S.A. de 27 de diciembre de 2021 por el que se adjudicó a ENAIRE el "contrato de servicios de navegación aérea en aeropuertos de AENA" para 21 aeropuertos.

Por otra parte, más allá de esos factores a los que alude la demandante (paralización del proceso liberalizador o posible conflicto de intereses entre AENA y ENAIRE), cuya concurrencia no es, desde luego, achacable al DORA, lo cierto es que los diversos datos, cifras, cálculos y estimaciones con los que la demandante pretende ilustrar su argumentación sobre la falta de eficiencia, transparencia y objetividad de los costes estimados carecen en realidad de todo sustento probatorio, pues no vienen respaldados por ningún dictamen pericial o informe técnico debidamente contrastado que sirva de apoyo a aquellas manifestaciones de parte.

En consecuencia, no cabe afirmar, por más que así lo pretenda la demandante, que el DORA impugnado en este proceso incurra en vulneración de lo dispuesto en los *artículos 16 y 29.1.g ) y los puntos 3, 4, 5 y 6.i) del Anexo VIII de la Ley 18/2014, de 15 de octubre*, por no haber cumplido los criterios de eficiencia, transparencia y objetividad exigidos en dichos preceptos en relación con la estimación del coste del servicio de tránsito de aeródromo. Y, por las mismas razones, tampoco cabe afirmar que haya sido infringido el Reglamento de Ejecución (UE) 2019/317 de la Comisión, de 11 de febrero de 2019, por el que se establece un sistema de evaluación del rendimiento y de tarificación en el cielo único europeo y se derogan los Reglamentos de Ejecución (UE) nº 390/2013 y (UE) (OJ L, 56, 25.2. 2019), que regula las tarifas de los servicios de navegación aérea, entre los que se encuentran los servicios de tránsito aéreo de aeródromo, en el marco de Cielo Único Europeo.

**D/** La asociación demandante alega que la no aplicación de las condiciones de mercado para los servicios de tránsito aéreo de aeródromo, como consecuencia del incumplimiento de lo previsto en la Ley 9/2010, supone una infracción de los *artículos 9.3 y 103 de la Constitución*, del *artículo 3.1.e/ de la ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público*, y del artículo 41 de la Carta de Derechos de la Unión Europea y de la jurisprudencia relativa al principio de confianza legítima.

Sin embargo, una vez descartado (véase apartado B/ de este fundamento jurídico) que pueda achacarse al DORA la insuficiencia que se alega en el proceso de liberalización de los servicios de tránsito aéreo, y rechazado asimismo que el DORA aprobado por acuerdo del Consejo de Ministros de 28 de septiembre de 2021 incurra en vulneración de la *disposición adicional 2ª de la Ley 9/2010, de 14 de abril*, queda privado de sustento el alegato sobre infracción de los preceptos que la demandante cita de la Constitución, de la ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público, y de la Carta de Derechos de la Unión Europea, así como su alegación sobre vulneración del principio de confianza legítima.

**CUARTO.-** Resolución del recurso y costas procesales.

Por las razones expuestas en los apartados anteriores, resulta procedente que, rechazando la causa de inadmisibilidad del recurso planteada por la Administración demandada y la parte codemandada, acordemos la desestimación del recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Asociación Empresarial de Proveedores Civiles de Tránsito Aéreo del Mercado Liberalizado (APCTA).

Por lo demás, el rechazo de la inadmisión del recurso pretendida por las partes demandada y codemandada y, por otro lado, la desestimación del recurso interpuesto por la recurrente, determina que, de conformidad con lo previsto en el *artículo 139.1 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción*, no proceda imponer las costas procesales a ninguno de los litigantes.

Vistos los preceptos citados, así como los *artículos 67 y siguientes de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*.

## **FALLO**

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

1/ Desestimar el recurso contencioso-administrativo nº 425/2021 interpuesto en representación de la Asociación Empresarial de Proveedores Civiles de Tránsito Aéreo del Mercado Liberalizado (APCTA) contra el Acuerdo del Consejo de Ministros de 28 de septiembre de 2021 por el que se aprueba el Documento de Regulación Aeroportuaria 2022-2026, publicado mediante resolución de 29 de septiembre de 2021, de la Dirección General de Aviación Civil, en el Boletín Oficial del Estado nº 234, de 30 de septiembre de 2021.

2/ No se imponen las costas derivadas de este proceso a ninguna de las partes.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.