



Roj: **SAN 2352/2019** - ECLI: **ES:AN:2019:2352**

Id Cendoj: **28079230082019100343**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **8**

Fecha: **03/06/2019**

Nº de Recurso: **237/2015**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **MERCEDES PEDRAZ CALVO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN OCTAVA

Núm. de Recurso: 0000237 / 2015

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 03033/2015

Demandante: TCI LUXEMBOURG S.Á.R.L

Procurador: SRA. VILLAESCUSA SANZ

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

Codemandado: ASOCIACION DE LINEAS AEREAS, ASOCIACION DE COMPAÑIAS ESPAÑOLAS DE TRANSPORTE AEREO (ACETA), RYANAIR, LTD, INTERNATIONAL AIR TRANSPORT ASSOCIATION-IATA

Abogado Del Estado

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

SENTENCIA N^o:

Ilmo. Sr. Presidente:

D. FERNANDO LUIS RUIZ PIÑEIRO

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. ERNESTO MANGAS GONZÁLEZ

D^a. MERCEDES PEDRAZ CALVO

D. JOSÉ ALBERTO FERNÁNDEZ RODERA

D^a. ANA ISABEL GÓMEZ GARCÍA

Madrid, a tres de junio de dos mil diecinueve.

Vistos los autos del recurso contencioso-administrativo **núm. 237/2015** que ante esta Sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido la Procuradora **Sra. Villaescusa Sanz** en nombre y representación de **TCI LUXEMBOURG S.Á.R.L** frente a la Administración del Estado defendida y representada por el Sr. Abogado del Estado, contra Acuerdo de la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 23 de abril de 2015, por el que se adoptan criterios sobre la separación de los costes de las actividades aeroportuarias y comerciales de los aeropuertos de AENA, S.A. y contra Acuerdo de la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 30 de junio de 2015 por "por el que se aprueba comunicar a Aena, S.A. las modificaciones que debe incorporar a la



propuesta de prestaciones patrimoniales públicas para el ejercicio 2016 y se le concede un plazo para subsanar las deficiencias detectadas durante el procedimiento de la consulta."

Han comparecido como **codemandados** la Procuradora **Sra. Gramage Lopez** en nombre y representación de **ASOCIACION DE LINEAS AEREAS** . La Procuradora **Sra. Arauz de Robles Villalon** en nombre y representación de **ASOCIACION DE COMPAÑIAS ESPAÑOLAS DE TRANSPORTE AEREO (ACETA)** . El Procurador **Sr. Codes Feijoo** en nombre y representación de **RYANAIR, LTD** . El Procurador **Sr. Pinto-Marabotto Ruiz** en nombre y representación de **International Air Transport Association-IATA** . La cuantía es indeterminada. Ha sido Ponente la Magistrado **D^a MERCEDES PEDRAZ CALVO**.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- La recurrente indicada interpuso el día 26 de mayo de 2015 ante esta Sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional.

Por providencia de 26 de mayo de 2015 se admitió a trámite el recurso y se acordó reclamar el expediente administrativo.

SEGUNDO .- La Sala dictó auto el día 29 de julio de 2015 acordando inadmitir el recurso.

El Tribunal Supremo dictó sentencia el día 19 de diciembre de 2016 casando los autos de esta Sala y declarando admisible el recurso contencioso-administrativo. La Sala acordó la reanudación de la tramitación del presente recurso.

Por auto de fecha 1 de junio de 2017 la Sala acordó ampliar el recurso a la resolución dictada por la CNMC el día 30 de junio de 2015.

TERCERO .- En el momento procesal oportuno la parte actora formalizó la demanda mediante escrito de 1 de diciembre de 2017 en el cual, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de rigor, terminó suplicando:

"SUPLICO A LA SALA que teniendo por presentado este escrito en tiempo y forma, se sirva admitirlo y tener por deducida demanda en el presente proceso. Y en su virtud, y previos los trámites de ley, dicte sentencia anulando los acuerdos de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 23 de abril de 2015 y de 30 de junio de 2015."

CUARTO .- El Abogado del Estado contestó a la demanda para oponerse a la misma, y con base en los fundamentos de hecho y de derecho que consideró oportunos, terminó suplicando la desestimación del recurso.

La representación procesal ASOCIACION DE LINEAS AEREAS (ALA), igualmente solicita se dicte sentencia por la que, desestimando íntegramente la demanda, se confirme la resolución impugnada.

La codemandada INTERNATIONAL TRANSPORT ASSOCIATION-IATA contestó a la demanda igualmente para oponerse a la misma y solicitar se acuerde en su día inadmitir el recurso.

La codemandada ASOCIACIÓN DE COMPAÑIAS ESPAÑOLAS DE TRANSPORTE AÉREO (ACETA), en el escrito de contestación a la demanda tras los fundamentos de hecho y de derecho que estimó relevantes, suplica la desestimación del recurso y la confirmación de los actos administrativos impugnados.

La codemandada RYANAIR, LTD., contestó igualmente a la demanda, expuso los fundamentos de hecho y de derecho que estimó aplicables, y finalizó suplicando que "1. Con carácter principal: declare la inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo interpuesto por TCI LUXEMBOURG, S.Á.R.L., objeto de las presentes actuaciones. 2. Con carácter subsidiario: desestime el recurso contencioso-administrativo interpuesto por TCI LUXEMBOURG, S.Á.R.L., objeto de las presentes actuaciones; confirmando que los actos recurridos se ajustan a Derecho."

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

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

SEXTO- . La Sala dictó Providencia señalando para votación y fallo del recurso la fecha del 10 de abril de 2019, continuándose la deliberación el día 29 de mayo de 2019 en que se votó habiéndose observado en su tramitación las prescripciones legales.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Son objeto de impugnación en el presente recurso contencioso-administrativo dos acuerdos dictados por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia:

1-. *el día 23 de abril de 2015 por el que se adoptan criterios sobre la separación de los costes de las actividades aeroportuarias y comerciales de los aeropuertos de AENA, S.A.*

2-. *El día 30 de junio de 2015 "por el que se aprueba comunicar a Aena, S.A. las modificaciones que debe incorporar a la propuesta de prestaciones patrimoniales públicas para el ejercicio 2016 y se le concede un plazo para subsanar las deficiencias detectadas durante el procedimiento de la consulta ."*

SEGUNDO- . El primer acto administrativo se dicta en el marco de un procedimiento abierto el día 17 de diciembre de 2014 mediante una información previa en la que se sometió a consulta pública la determinación de los costes asociados a la utilización de áreas terminales de los aeropuertos de AENA que deberían ser tomados en cuenta en la fórmula de actualización de las cuantías de las tarifas unitarias de las prestaciones patrimoniales públicas. En este periodo presentaron escritos la Dirección General de Aviación civil, AECA, ACETA, ALA, IATA e IACA, así como Easyjet, Ryanair, Jet2.com y AENA.

Hasta ese momento, AENA tenía un modelo contable en el que se separaban los costes entre las actividades reguladas y no reguladas, según el cual la separación y el cálculo de los costes de los servicios se realizan con el modelo de contabilidad analítica, que se basa en un modelo de costes históricos totalmente distribuidos en base a actividades (metodología ABC -activity based costing-). El elemento central del sistema de contabilidad analítica son las actividades, a las que se imputan los costes, pues son las actividades definidas en el modelo las que consumen los recursos. A su vez, estas actividades se imputan a los servicios analíticos en función del consumo que realicen de las mismas.

La CNMC examina como ha asignado los costes por las actividades comerciales AENA y señala que la empresa lo trata partiendo de la base de que el coste total de la terminal viene determinado exclusivamente sobre la base de costes que ya generan las actividades aeroportuarias, y que las actividades comerciales no implican un sobrecoste, no implican un coste específico y adicional. La CNMC considera que las actividades comerciales generan sobrecostes en los aeropuertos que de no prestarse reducirían su coste total. En línea con esta diferencia de criterio, la CNMC concluye que no cabe tomar en consideración únicamente, como hace AENA, los metros cuadrados de espacio físico ocupado para calcular los costes de las actividades que tienen lugar en el edificio terminal, sino que hay que tomar en consideración otros elementos, algunos de ellos "intangibles y de difícil cuantificación.

Es así que, la ley de Seguridad Aérea había establecido en su art. 92.2 (precepto que se suprime por el art. 53.10 de la Ley 18/2014, de 15 de octubre , pero que, de acuerdo con lo establecido en la disposición final 5.2 de la citada Ley , este artículo conservó su eficacia hasta el 1 de marzo de 2017, fecha de aplicación del primer Documento de Regulación Aeroportuaria (DORA) la obligación de separar los costes imputables a las actividades por las que AENA percibe ingresos sometidos a precios privados de los costes imputables a actividades por las que percibe ingresos que tienen la consideración de Prestaciones Patrimoniales Públicas. Ahora bien: la separación se hará de forma gradual hasta su completa implantación en 2018, por lo que a partir de 2014 y durante cinco años, a los ingresos regulados requeridos se añadirán los gastos de explotación y de capital de las actividades relacionadas con precios privados de las áreas terminales y se deducirán los ingresos correspondientes a las mismas, afectados tanto ingresos como gastos por un coeficiente corrector K, que en función de su año de aplicación será: 80% para 2014, 60% para 2015, 40% para 2016, 20% para 2017 y 0% en 2018.

Esta implantación gradual se confirma en la Disposición transitoria séptima de la ley 18/2014 .

La CNMC había dictado una resolución el día 11 de septiembre de 2014 al respecto.

Tras realizar una descripción de las consideraciones tomadas en cuenta para llevar a cabo la separación de los costes de las actividades aeroportuarias y comerciales de los aeropuertos de AENA, S.A. se llega a varias conclusiones:

I)-. El cambio del mecanismo de regulación económica de las tasas aeroportuarias, desde un modelo de caja única o single till a uno de caja doble o dual till, obliga a AENA a una separación apropiada de los costes que comparten las actividades aeroportuarias y comerciales de forma que no se incluyan, en el cálculo de las PPP, costes vinculados a la prestación actividades comerciales.

II)-. La actualización de las tasas aeroportuarias de AENA se realizará anualmente en el porcentaje que resulte de aplicación de la fórmula recogida en el artículo 92.2 de la LSA . Para la concreción de los componentes de dicha fórmula, la propuesta de AENA debería tomar en cuenta exclusivamente los gastos de explotación,



los activos netos, las deudas y los recursos propios vinculados a los campos de vuelo y las áreas terminales que los originan. Para ello, y en relación con estas últimas, AENA debería separar adecuadamente los costes imputables a sus actividades comerciales, esto es, aquéllas que están sometidas a precios privados, de los costes imputables a sus actividades aeroportuarias reguladas que tienen la consideración de PPP.

III)-. El actual modelo de contabilidad de costes de AENA infravalora los costes que generan las actividades comerciales al imputarles un coste puramente incremental.

IV)-. Para estimar los costes que el modelo de AENA no está imputando a las actividades comerciales, la forma óptima de hacerlo sería mediante un modelo de costes bottom up. Este modelo simularía los costes de un edificio terminal hipotético, dedicado en exclusiva a la prestación de servicios aeroportuarios y en el cual el operador pudiese organizar la prestación de los servicios para el transporte de pasajeros del modo que resultase más eficiente para estos; una vez efectuada esta simulación habría que comparar las diferencias de costes entre las actividades aeroportuarias de este edificio terminal hipotético y las de cada uno de los gestionados actualmente por AENA, donde dichas actividades coexisten con las comerciales. Sin embargo, esta solución se considera inviable por desproporcionada, dados los costes de implementación que tendría, en la medida en que AENA cuenta con un número muy elevado de aeropuertos.

La CNMC opta por un método indirecto basado en un modelo econométrico que explota la relación directa entre la actividad comercial y los pasajeros gestionados por los aeropuertos. Concluye que esta metodología respeta el principio de proporcionalidad y ha sido utilizada en otros sectores regulados como una herramienta de aproximación apropiada a los costes cuando los modelos de contabilidad no permitían obtener datos adecuados.

TERCERO -. El segundo acto administrativo se dicta una vez que AENA S.A. comunica a la CNMC que ha finalizado el proceso de consulta de las tarifas aeroportuarias, celebrado con las Asociaciones de compañías aéreas representantes de los usuarios y la adopción por el Consejo de Administración de AENA de la propuesta de actualización de sus prestaciones patrimoniales públicas para el año 2016, consistente en la congelación de las tarifas aeroportuarias respecto de las de 2015.

La CNMC supervisa si esta propuesta es conforme con la ley de Seguridad Aérea, la ley 18/2014, y los criterios de aplicación de la misma acordados por la CNMC en su Resolución de 11 de septiembre de 2014 sobre la modificación tarifaria de 2015, y en el Acuerdo de 23 de abril de 2015 sobre la correcta imputación de costes a los efectos de la aplicación artículo 92 de la LSA .

Efectuada la correspondiente comprobación la CNMC incorpora cambios a la propuesta de AENA:

1. -La propuesta tarifaria deberá recoger las previsiones de tráfico corregidas por la CNMC que representan un volumen total de pasajeros a cierre de 2016 de 209,81 millones.
2. - La propuesta tarifaria deberá recoger las previsiones de ingresos comerciales corregidas por la CNMC que suponen un ajuste en el margen comercial de 49,54 millones de euros.
3. - La propuesta tarifaria deberá reducir el coste total de la PPP "Utilización de Infraestructuras" en un importe de 69,8 millones de euros, resultado de la aplicación de los criterios y metodología contenidos en el Acuerdo de la CNMC de 23 de abril de 2015.
4. - La propuesta tarifaria deberá recoger como déficit a recuperar por Aena la cantidad de 179,3 millones de euros señalada en el resuelve octavo de la Resolución de 11 de septiembre de 2014 debidamente capitalizada a una tasa equivalente al coste medio ponderado de capital antes de impuestos de Aena, S.A resultando en 198,9 millones de euros, de acuerdo con lo dispuesto en el fundamento jurídico cuarto apartado A de dicha Resolución que establece que el déficit que debe recuperarse en ejercicios posteriores es el déficit real en que ha incurrido Aena.

La aplicación de estos criterios lleva a proponer una reducción de tarifas de un 3,5%.

Se concluye: " Conceder a Aena un plazo de 10 días para que presente ante esta Comisión una nueva propuesta acorde con la modificación tarifaria revisada por esta Comisión, así como, en su caso, aporte el punto de vista del gestor aeroportuario. En el mismo plazo deberá subsanar la deficiencia del procedimiento de consultas indicada en el apartado precedente."

CUARTO-. En el escrito de demanda, la parte actora alega resumidamente lo siguiente: con carácter previo expone que " esta parte se ve obligada a formalizar su demanda sin disponer del expediente administrativo (que sigue en manos de la CNMC), ni de un solo antecedente documental del procedimiento que, en el seno de la misma CNMC, dio lugar a la emisión de los actos impugnados. Y no se trata de una queja sin fundamento: los acuerdos impugnados se motivan en unos complejos razonamientos matemáticos y económicos a los que ha



de haberse llegado previos informes y estudios igualmente complejos. Como se verá después, los motivos de fondo en que se apoya el presente recurso intentan rebatir dichos razonamientos; pero nos vemos obligados a formularlos desconociendo dichos informes y estudios, que quizá forman parte de esa documentación "confidencial". Ello supone una grave indefensión para esta parte, de la que dejamos respetuosamente constancia formal en este momento."

En sus escritos TCI LUXEMBOURG separa dos tipos de motivos de recurso, los relativos a lo que denomina "aspectos formales" y los relativos a lo que denomina "el fondo".

En primer lugar, se alega la absoluta falta de competencia de la CNMC para dictar la resolución de abril de 2015 impugnada: ninguna norma habilita a la CNMC para dictar la resolución objeto de este proceso. Y ello porque considera que el acuerdo de 23 de abril de 2015 es una disposición reglamentaria de facto que desarrolla el art. 92.1 y 2 de la ley 21/2003 definiendo el concepto de gastos de explotación. Sigue alegando la actora que la fijación de los criterios abstractos para la interpretación de una norma legal es una modalidad característica de la potestad reglamentaria y que con este Acuerdo la CNMC se dota a sí misma de normas para la aplicación del artículo 92 de la Ley 21/2003, vinculando de forma imperativa al gestor aeroportuario. El contenido del Acuerdo de 23 de abril de 2015 excede por completo de las potestades que la CNMC ostenta, por lo que se encuentra incurso en un vicio de nulidad de pleno derecho.

Como segundo motivo de impugnación "formal" se alega que el Acuerdo impugnado infringe el procedimiento administrativo de actualización de las tarifas aeroportuarias que regula la disposición transitoria cuarta de la Ley 18/2014. Dicho procedimiento, para el llamado período pre-DORA, se encuentra normado en la disposición transitoria cuarta de la Ley 18/2014, la cual tasa las actuaciones que la CNMC puede llevar a cabo en el mismo:

- comprobar si la propuesta de AENA tiene en cuenta las "bonificaciones previstas por razones de interés general";
- comprobar si la elaboración de la propuesta se ha realizado "con sujeción al procedimiento de consulta previsto en el artículo 98 de la Ley 21/2003, de 7 de julio, de Seguridad Aérea";
- comprobar si la propuesta de AENA se realiza "conforme a lo dispuesto en el artículo 92 de la Ley 21/2003, de 7 de julio, aplicando los límites máximos del incremento de cuantías establecidos en la disposición transitoria sexta, apartado 1";
- comprobar si la propuesta resulta justificada "de acuerdo con las previsiones contenidas en los planes directores, las demandas de tráfico, los reconocimientos y necesidades de las compañías usuarias de los aeropuertos y los adecuados estándares de calidad"; y
- comprobar si "responde a los criterios de no discriminación, objetividad y transparencia y si garantiza la sostenibilidad de la red".

Esto es todo y solo lo que la CNMC puede y debe hacer en el procedimiento citado; y ha de hacerlo precisamente sobre la propuesta de actualización de tarifas que AENA le remita, no antes ni después.

Alega la recurrente que la CNMC se ha inventado un procedimiento distinto, que prescinde de lo que la disposición transitoria cuarta establece. No es el informe de supervisión sobre la propuesta de AENA que si es el emitido en la resolución de 23 de julio de 2015.

En cuanto al fondo, alega que el acuerdo de 23 de abril de 2015 adolece de una manifiesta inconsistencia económica.

A partir de un presupuesto adoptado por la CNMC sin ningún fundamento técnico -como queda acreditado por el dictamen pericial-, este organismo da dos nuevos pasos y decisiones correlativas, igualmente sin ningún amparo normativo y sin una base científica correcta llega a la conclusión apriorística de que los ingresos comerciales se benefician más que proporcionalmente del incremento del número de pasajeros. Para ello, aplica un modelo estadístico, elaborado aparentemente por la propia CNMC, sin ningún precedente en el sector aeroportuario, ni soporte normativo alguno respecto de la metodología a emplear, que intenta justificar dicha conclusión y determinar de forma matemática cuál sería el coeficiente que explique la relación existente entre los ingresos comerciales y el incremento del número de pasajeros". Partiendo de ese coeficiente, intenta determinar cuáles serían los extracostes que habría que imputar a las actividades comerciales y, por tanto, restar de las actividades reguladas.

En definitiva, siempre a juicio de la parte actora, la CNMC rechaza el modelo de imputación de costes de AENA porque, aunque lo considera legal, le parece insuficiente. Y rechaza otros modelos de imputación de costes, que también podrían ser legales, porque o bien no tienen en consideración el propio modelo internacionalmente reconocido, el de AENA, o porque sería muy complejo aplicarlos.



El segundo motivo de impugnación relacionado con el fondo es la alegada contradicción entre los criterios mantenidos en los acuerdos recurridos y los empleados con anterioridad por la Administración, lo que a juicio de la recurrente supone la flagrante infracción del principio de confianza legítima.

QUINTO- . El **Abogado del Estado** , en la contestación a la demanda comienza recordando los puntos centrales del recurso:

- . En relación con la alegación de falta de competencia de la CNMC señala que el ejercicio de supervisión tarifaria es una actuación de enorme complejidad técnica, que implica a distintos agentes con intereses contrapuestos, y que debe efectuarse en plazos breves. Para el caso de 2016, dicha supervisión se realizó en un específico marco legal (el de la DT 4ª de la Ley 18/2014 , o marco pre-DORA), con particularidades que lo individualizaron frente a otros ejercicios en aspectos tanto procedimentales como sustantivos. Esto último determinó que la CNMC dispusiese en dicho ejercicio de un notable grado de discrecionalidad técnica.

Para que dicha discrecionalidad no deviniese arbitraria, era necesario que la Administración expusiese con claridad los criterios que guiarían su actuación. A su vez era también necesario que todos los agentes dispusiesen de información suficiente para actuar y tomar sus decisiones con agilidad. Dicho propósito de claridad y transparencia, unido a la particular complejidad de la función a ejercitar, las particularidades jurídicas del asunto, y la premura de plazos, llevó a la Comisión a realizar una consulta pública que precedió al acuerdo de 23 de abril de 2015.

La función de la CNMC abarcaba, no solo la supervisión del cumplimiento de la fórmula aritmética prevista en dicho artículo 92 LSA , sino también la verificación de los datos a partir de los cuales se obtuvieron los resultados de dicha fórmula y, entre ellos, los costes imputados a las actividades aeroportuarias. Lo pretendido mediante el acuerdo de 23 de abril de 2015 fue permitir la participación a los distintos interesados y dar objetividad y transparencia al complejo ejercicio de las funciones que debió desarrollar la CNMC, lo que contribuyó a garantizar la buena fe de su actuación.

El acuerdo de 23 de abril de 2015, ni vinculó a AENA ni afectó a su situación patrimonial. El procedimiento de supervisión prevé que AENA pueda modificar su propuesta de acuerdo con los criterios expresados por la CNMC o que, en su caso, no la modifique y presente su punto de vista sobre las mismas. En este último caso, el que AENA mantenga su criterio no perjudica en nada al gestor aeroportuario (ni a efectos sancionadores ni de ningún otro modo). La CNMC se limita en tal caso a presentar para su tramitación en la Ley de Presupuestos Generales su propia propuesta (que en este caso fue coherente con los criterios anticipados), haciendo constar asimismo el punto de vista del gestor aeroportuario. Es, en definitiva, el Parlamento, en ejercicio de la función legislativa, el que se ha de decantar por la propuesta del regulador o por la del gestor aeroportuario.

En cuanto a la alegada infracción procedimental, reitera que ni causó interferencias ni vinculó a AENA, como lo demuestra el que la propuesta de modificación tarifaria no tuvo en cuenta para nada los criterios del acuerdo de 23 de abril de 2015.

Respecto del acuerdo de 30 de junio de 2015, la CNMC es competente para supervisar el aspecto sustantivo consistente en que la actualización tarifaria que proponga AENA sea conforme al artículo 92 de la LSA , el cual lleva implícita una exigencia de separación de costes regulados y comerciales. De la mera lectura del acuerdo primero de la resolución de 30 de junio de 2015, el relevante a estos efectos, resulta que el mismo no inadmitió la propuesta de AENA, sino que se limitó a indicar los cambios sustantivos que debía incorporar: el resuelve segundo se refiere a la cuestión procedimental consistente en que se aportase por AENA cierta documentación que se había omitido en el procedimiento de transparencia y consulta. El resuelve tercero concedió un plazo de diez días a tal fin.

La disposición transitoria cuarta, apartado tercero, párrafo quinto, de la Ley 18/2014 , permitía la actuación de la CNMC en un doble sentido: bien acordando la inadmisión de la propuesta de AENA cuando la misma hubiese prescindido procedimiento de consulta (lo cual no sucedió); o bien comunicando al gestor aeroportuario una de estas alternativas: o una modificación tarifaria revisada, o bien los criterios que habría de seguir para que garantice lo previsto en el apartado segundo de la disposición transitoria cuarta, y con ello, en el artículo 92 LSA , optando la CNMC por esta última.

Respecto de las alegaciones sobre el fondo, en relación con el criterio vinculado a los metros cuadrados, la CNMC no ha indicado en ningún momento que AENA deba dejar de aplicar ese criterio, sino que, simplemente, lo complementa de acuerdo con lo indicado en su Acuerdo de 23 de abril. El Abogado del Estado analiza detalladamente el informe elaborado por RBB Economics y el informe del perito sr. Anselmo , para concluir que desde un punto de vista teórico existe una importante evidencia que demuestra la relación positiva entre los ingresos comerciales de los aeropuertos y los pasajeros que gestionan. Así, si bien tradicionalmente los aeropuertos han sido caracterizados como un insumo más en la función de producción de las aerolíneas,



los crecientes ingresos comerciales que reciben han cambiado esta concepción, señalando la importancia de que los aeropuertos gestionen conjuntamente ambos elementos: servicios aeroportuarios y comerciales. Es evidente que un mayor tráfico genera una mayor actividad comercial que, a su vez, incrementa el ingreso medio por pasajero en la medida en que éstos cuentan con más opciones de gasto.

En resumen, el artículo 92, más allá de establecer la adopción progresiva del sistema dual till, no contenía criterios concretos de separación e imputación de costes regulados y comerciales, correspondiendo su determinación y aplicación a la CNMC.

De ahí que la CNMC entendió necesario desarrollar los criterios de separación e imputación de costes que consideraría aceptables y que aplicaría en la revisión de la propuesta de AENA, dando al proceso la máxima transparencia entre los agentes económicos.

Finalmente, se rechaza la alegada infracción del principio de confianza legítima.

SEXTO- . La representación procesal de la codemandada **ASOCIACIÓN DE COMPAÑÍAS ESPAÑOLAS DE TRANSPORTE AÉREO (ACETA)**, en su escrito de contestación a la demanda alega lo siguiente: opone, más que como excepción procesal inicial, si por lo que hace al fondo, la falta de legitimación en este recurso de la parte actora, teniendo en consideración que, paralelamente a este recurso, aunque versando la impugnación sobre los mismos acuerdos de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en lo sucesivo CNMC), se está tramitando ante esta misma Sección, bajo los Autos 318/2015, un recurso contencioso-administrativo a instancia de AENA, S.A., de la que el aquí actor mantiene que es accionista.

El Acuerdo CNMC recurrido es la expresión de una función consultiva de interpretación de lo que la Ley aplicable a efectos de actualización de las prestaciones patrimoniales públicas señala en cuanto a la debida separación de costes comerciales y aeroportuarios, incardinado dentro del proceso de transparencia y consulta que, en relación con la actualización de las prestaciones patrimoniales públicas, regulan tanto La Ley 21/2003 de Seguridad Aérea (LSA) y la Disposición Transitoria Cuarta de la Ley 18/2014. El Acuerdo CNMC se debe entender enmarcado dentro de las funciones que, como órgano Supervisor del proceso de actualización de las prestaciones patrimoniales tiene legalmente encomendadas conforme al artículo 10 de la Ley 3/2013 .

Se adhiere tanto en su conjunto como en aspectos concretos que detalla, a la contestación a la demanda del Abogado del Estado.

SÉPTIMO- . La representación procesal de la codemandada **INTERNATIONAL TRANSPORT ASSOCIATION-IATA** reitera su alegato de inadmisibilidad del recurso considerando que los acuerdos de la CNMC no son susceptibles de recurso contencioso-administrativo. Insiste en que no deben tomarse en consideración las conclusiones que el Tribunal Supremo ha realizado a título preliminar sobre la obligatoriedad de las decisiones en cuestión, dado que quien decide sobre la actualización de las tarifas de manera obligatoria es únicamente el Parlamento en la Ley General de Presupuestos. Llevada al extremo aquella tesis todos los actos de trámite serían recurribles pues todos se dictan con cierta vocación de obligatoriedad de cuanto a que el trámite al que se refieren tenga lugar. En este caso, los Acuerdos no ponen fin al procedimiento de consulta, carecen de contenido decisorio, no deciden directa ni indirectamente el fondo del asunto, no generan ningún perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos.

En todo caso, continúa alegando, TCI no recurrió el Acto que constituye el Fundamento a los Acuerdos Recurridos, el Acuerdo de a CNMC de 11 de septiembre de 2014, y los principios generales sobre la deducción de costes de las actividades públicas que debían ajustarse para reflejar los costes incurridos en las actividades comerciales, se adoptaron en el Acuerdo de la CNMC de 11 de septiembre de 2014, que no fue recurrido ni por AENA ni por TCI.

La CNMC era competente para adoptar el acuerdo recurrido, detallando la normativa de aplicación al respecto, no violó el procedimiento de actualización de tarifas cuando adoptó los acuerdos recurridos, y en relación a las cuestiones del fondo de la actualización, la CNMC no se extralimitó en la regulación de los costes de actividades comerciales, indicando que la CNMC constituye una administración independiente, actuando con imparcialidad y objetividad en mercados que precisan de una vigilancia especial debido a su más reciente liberalización y/o mantener áreas no liberalizadas.

OCTAVO- . La representación procesal de la codemandada **ASOCIACION DE LINEAS AEREAS (ALA)** considera que el acto administrativo impugnado es conforme a derecho.

Se alega la falta de legitimación en cuanto al fondo de la recurrente, teniendo en cuenta que se está tramitando ante esta misma Sección, bajo los Autos 318/2015, a instancia de AENA, S.A., de la que la actora mantiene que es accionista. Y ello porque fuera de la coincidente pretensión con la deducida por AENA, S.A., respecto a la anulación de los acuerdos de la CNMC de 23 de abril y 30 de junio, de 2.015, no existe ninguna otra pretensión



de la actora que permita apreciar la existencia de un interés de la misma, que no pueda ser conseguido por la sociedad de la que es accionista la actora.

Se remite a la contestación del Abogado del Estado para insistir en que el resultado del procedimiento de actualización de las tarifas 2016 (que fueron aprobadas por la Ley de Presupuestos Generales del Estado 2015) no continúa surtiendo efectos en el periodo DORA. Y este argumento se refuerza si se toma en consideración el hecho de que en la propuesta de DORA de la DGAC y aprobada por Consejo de Ministros, no se tuvo en cuenta el criterio de la CNMC, por lo que hace al reparto de costes de las actividades comerciales y aeroportuarias, sino que la DGAC realiza su propio ajuste, tal y como señala el citado Abogado del Estado; en el aspecto legal, la continuidad de la vigencia del artículo 92 de la Ley de Seguridad Aérea, quedó establecida, por la Disposición Final Quinta de la Ley 18/2014, hasta la fecha de aplicación del primer DORA.

Frente a la tesis mantenida por la actora, en el sentido de negar la competencia de la CNMC para dictar el acuerdo recurrido, de 30 de abril de 2015, en base a una supuesta falta de competencia para ello, tanto la consulta como el acuerdo resultante de la misma, forman parte, como acto preparatorio y anunciado, del proceso de supervisión tarifaria, cuya competencia legal corresponde a la CNMC. Por esta razón carece de sentido el análisis realizado por la parte actora, para tratar de averiguar si el citado acuerdo tiene que ser considerado una norma reglamentaria o un acto administrativo, y si a la vista de los resultados de ese análisis de parte, se debe negar la competencia de la CNMC por falta de competencia para dictar el acuerdo impugnado.

NOVENO- La representación procesal de **RYANAIR LTD** alega en primer lugar la inadmisibilidad del recurso por falta de legitimación activa del recurrente. A juicio de esta parte, no resulta ni subyace ningún interés propio, ni contrario, ni autónomo, ni distinto, del recurrente TCI LUXEMBOURG, S.À.R.L. respecto de los intereses de AENA, S.A. TCI LUXEMBOURG, S.À.R.L. interpuso el recurso, en el 2015, en previsión de que los Acuerdos impugnados repercutieran en una reducción de ingresos de AENA, S.A. en el 2016, de lo que parecería resultar afectado indirectamente de la misma manera, como accionista de aquélla.

Igualmente alega, y razona in extenso, la causa de inadmisión relativa a la no recurribilidad de los actos administrativos impugnados por ser actos de trámite.

En cuanto al fondo, esta parte analiza todos y cada uno de los hechos contenidos en el escrito de demanda, para razonar en contrario, en la línea expuesta por el Abogado del Estado en su contestación a la demanda.

Se opone a la alegación de incompetencia de la CNMC para dictar los acuerdos impugnados, el de abril porque la CNMC lo adoptó a fin de plasmar su informe, con los resultados del estudio o análisis que había realizado, previo procedimiento de consulta pública, convocada al amparo del Artículo 69.2 de la Ley 30/1992 y del Artículo 25 del Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, por el que se aprueba el Estatuto Orgánico de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. La apreciación del Tribunal Supremo en la sentencia de 19 de diciembre de 2016 fue un juicio provisional en relación con la admisibilidad del recurso.

El Acuerdo de 23 de abril no infringe ni puede infringir el procedimiento de actualización de tarifas aeroportuarias regulado por la Disposición Transitoria Cuarta de la Ley 18/2014, porque es previo y no forma parte de dicho procedimiento, no adolece de la alegada inconsistencia económica, no se infringe el principio de confianza legítima.

DÉCIMO- En primer lugar, procede resolver la causa de inadmisión alegada por la representación procesal de las codemandadas, INTERNATIONAL TRANSPORT ASSOCIATION-IATA y RYANAIR LTD en relación con la interposición del recurso contra actividad administrativa no susceptible de impugnación en vía contencioso-administrativa.

Se sostiene por las codemandadas referidas que el acto administrativo impugnado no pone fin al procedimiento, y carece de contenido decisorio.

IATA alega que, en cuanto al primer elemento, porque se dicta en una fase inicial del procedimiento para revisar las tarifas de 2016, que solo terminará una vez que el Parlamento adopte su decisión. En cuanto al segundo porque la CNMC solo tiene la facultad de supervisar el procedimiento de consulta para la revisión de las tarifas aeroportuarias.

RYANAIR LTD sostiene que el acuerdo de 23 de abril es un informe, que aunque fuera de interés al anunciar o prever cual será el criterio de la CNMC para valorar la corrección de futuras propuestas de actualización de tarifas aeroportuarias que emitiera AENA, S.A., no dejaba de ser un dictamen o informe realizado en ejercicio de funciones consultivas y sus competencias genéricas sobre supervisión y control de tarifas aeroportuarias. Y el de 30 de junio de 2015, es un acto de trámite, previsto en la Disposición Transitoria Cuarta de la Ley 18/2014, dentro de la fase de supervisión que dicha norma encomendó a la CNMC; y, en concreto, del acto previsto en el Apartado 3, tanto en su párrafo 3º como en su párrafo 5º.



Esta Sala había llegado a una solución en esta línea en sus autos de 29 de julio de 2015 y 10 de noviembre de 2015 en relación con la decisión de la CNMC de 23 de abril de 2015 por el que se adoptan criterios sobre la separación de los costes de las actividades aeroportuarias y comerciales de los aeropuertos de AENA.

Pero el Tribunal Supremo, casó estos autos en casación mediante la sentencia de 19 de diciembre de 2016, al igual que casó los dictados en el recurso 318/2015 mediante sentencia de 19 de junio de 2017 .

El Alto Tribunal considera literalmente en sentencia de 19 de diciembre de 2016 :

"En efecto, aunque se trata de un juicio provisional -como corresponde cuando no se está resolviendo la controversia de fondo sino, únicamente, sobre la admisión del recurso contencioso-administrativo-, todo indica que el acuerdo de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia que es objeto de impugnación no constituye propiamente un acto de supervisión ni de control, habida cuenta que la propuesta de AENA no se había producido aun cuando se dictó aquel acuerdo, tratándose más bien de una acto con vocación normativa o reglamentaria, pues aunque no se denomine así lo que con él se persigue es establecer, con pretensión de obligatoriedad, instrucciones sobre cómo debe hacer AENA sus propuestas de actualización de tarifas. Y siendo ello así, ninguna razón se aprecia para afirmar que se trata de un acto no susceptible de impugnación."

Este razonamiento es reproducido literalmente en la sentencia de 19 de junio de 2017 .

Si tomamos en consideración el hecho de que el acuerdo de 23 de abril de 2015 se adoptan criterios sobre la separación de los costes de las actividades aeroportuarias y comerciales de los aeropuertos de AENA S.A. y el Tribunal Supremo consideró que tenía "vocación reglamentaria", en este caso la resolución impugnada, la de 23 de julio de 2015, aprueba la propuesta de modificación tarifaria de AENA S.A. para 2016 y establece las medidas que deberán adoptarse en futuros procedimientos de consulta, según el Tribunal Supremo en este caso sería más claro que *"aunque no se denomine así lo que con él se persigue es establecer, con pretensión de obligatoriedad, instrucciones sobre cómo debe hacer AENA sus propuestas de actualización de tarifas"*.

Por las razones expuestas, se desestima la causa de inadmisión alegada en relación con el carácter de recurribles de las resoluciones litigiosas.

UNDÉCIMO- La segunda causa de inadmisibilidad, alegada por ASOCIACIÓN DE COMPAÑÍAS ESPAÑOLAS DE TRANSPORTE AÉREO (ACETA), ASOCIACION DE LINEAS AEREAS (ALA) y RYANAIR LTD con fundamento en lo dispuesto en los arts. 19.1.a), 51.1.b) y 69 b) de la ley jurisdiccional se fundamenta en que la actora carece de legitimación distinta de la de AENA S.A. siendo así que, además, la compañía ha impugnado igualmente los actos administrativos objeto de este recurso.

En el escrito de conclusiones de la parte actora se argumenta que ostenta "un interés legítimo propio, distinto del de aquella sociedad" en la interposición del presente recurso, ofreciendo a tal efecto "un indicio o explicación inicial" de por qué se considera perjudicado. Alega que es un fondo internacional de inversión, con sede en el Reino Unido; que, en los primeros meses de 2015, acudió a la OPV de acciones de AENA, S.A., adquiriendo directamente (y a través de derivados de otras empresas de su grupo) un 11,1% del capital de la empresa pública, de la que es su más importante accionista minoritario. Su pretensión se centra en que, como consecuencia de este litigio, AENA pueda recuperar las cantidades que estima le fueron "injustamente detraídas" como efecto de la rebaja tarifaria propiciada por los Acuerdos de la CNMC que aquí se impugnan.

En este punto genérico, su interés y el de AENA coinciden. Pero, continúa alegando, TCI Luxembourg S.A.R.L. es un accionista privado de una empresa en la que el Estado, a través de ENAIRE, continúa ostentando el 51% del capital; y en este sentido, no debe desconocerse que AENA puede tener por esta razón intereses distintos a los puramente económicos, como son intereses vinculados al equilibrio territorial de una red de aeropuertos.

La condición patrimonial de TCI Luxembourg no es la misma que la de ENAIRE, y concretamente, continúa alegando *" en el tema de las tarifas, sus intereses son sencillamente distintos, por no decir que en ocasiones contrapuestos ."* Y, concluye, si bien es cierto que AENA mantiene aún los recursos que interpuso contra los Acuerdos de la CNMC, no es descartable que pueda desistir de alguno de ellos, o de todos.

En esta materia, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha señalado que la legitimación "ad causam" se refiere a la aptitud para ser parte en un proceso determinado, lo que significa que depende de la pretensión procesal que ejercite el actor o, como ha señalado la jurisprudencia, consiste en la legitimación propiamente dicha e *" implica una relación especial entre una persona y una situación jurídica en litigio, por virtud de la cual es esa persona la que según la Ley debe actuar como actor o demandado en ese pleito "*; añadiendo la doctrina científica que *" esta idoneidad específica se deriva del problema de fondo a discutir en el proceso; es, por tanto, aquel problema procesal más ligado con el Derecho material, habiéndose llegado a considerar una cuestión de fondo y no meramente procesal "*.



Y es, precisamente, el Tribunal Constitucional quien en el Fundamento Jurídico 5º de su sentencia de 11 de noviembre de 1991, ha dicho que " *la legitimación [se refiere a la legitimación ad causam], en puridad, no constituye excepción o presupuesto procesal alguno que pudiera condicionar la admisibilidad de la demanda o la validez del proceso. Antes bien, es un requisito de la fundamentación de la pretensión y, en cuanto tal, pertenece al fondo del asunto.* "

Es necesario pues determinar, en el marco de las alegaciones de las partes que sostienen la falta de legitimación de TCI LUXEMBOURG, y a la vista de lo sostenido por esta, si se ha establecido que la actora tiene un "interés real". El Tribunal Supremo en la sentencia de 18 de abril de 2007 señaló que " *el criterio adecuado en términos generales es que, si bien no corresponde al accionista singular arrogarse la legitimación para recurrir en defensa de los intereses de la sociedad en la que participa, puede ostentar, en principio, un interés legítimo propio, distinto del de aquella sociedad, que le permita impugnar determinadas decisiones de la Comisión Nacional del Mercado de Valores cuando éstas incidan negativamente en su situación jurídico-patrimonial, con independencia de las repercusiones que tengan en los ámbitos societario o contractual privado.* "

La Sala considera que, en este caso, a la vista de las circunstancias concurrentes en AENA, la actora ha establecido que tiene un interés legítimo propio, por las características de la composición accionarial de dicha empresa, y especialmente al ser titularidad de ENAIRE el 51% del capital social. Esta Entidad Pública Empresarial se configura como una Entidad de derecho público adscrita al Ministerio de Fomento, con personalidad jurídica propia e independiente de la del Estado, realizando su actividad dentro del marco de la política general de transportes del Gobierno.

Debe rechazarse en consecuencia esta causa de inadmisión.

DUODÉCIMO-. An tes de continuar con el examen del fondo del asunto, es preciso establecer cuales son las normas jurídicas de aplicación al caso.

Los acuerdos impugnados se dictan por la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC, al amparo del artículo 10 de la Ley 3/2013, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia que, en relación con la supervisión y control en materia de tarifas aeroportuarias, atribuye a la Comisión, entre otras funciones, las siguientes:

"... 2. *Supervisar el cumplimiento del procedimiento de transparencia y consulta llevado a cabo por Aena, S.A., y que las actualizaciones de sus tarifas aeroportuarias se ajustan al porcentaje que resulte de aplicar el ingreso máximo anual por pasajero ajustado (IMAAJ), (...)*

3. *Dictar resoluciones vinculantes en relación con el procedimiento de transparencia y consulta que debe realizar Aena, S.A., conforme a lo previsto en la Ley 18/2014, de 15 de octubre, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia. (...)*"

La ley 18/2014 recoge una serie de consideraciones en su preámbulo que este Tribunal considera facilitan la adecuada interpretación de la normativa de aplicación:

"(...)

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.

Al igual que sucede en los modelos regulatorios de otros países de nuestro entorno, los ingresos del gestor aeroportuario asociados a los servicios aeroportuarios básicos estarán condicionados por el cumplimiento de un ingreso máximo anual por pasajero, cuya determinación estará basada en la recuperación de costes eficientes así reconocidos por el regulador.

El cumplimiento o incumplimiento de ciertas condiciones de calidad del servicio o inversión determinará la aplicación de incentivos o penalizaciones sobre estos ingresos máximos anuales autorizados por pasajero que, junto con las desviaciones respecto a los valores planificados deben ser asumidas por el gestor con cargo a otros ingresos, entre otros, los ingresos comerciales, los asociados a su actividad internacional o por la gestión urbanística.



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.

(...)"

Los artículos 23 y siguientes de dicha ley regulan el Documento de Regulación Aeroportuaria (DORA) y el procedimiento de su elaboración y modificación. Deben ser destacados los siguientes trámites esenciales:

1- Artículo 24: "Propuesta de Aena, S.A. de Documento de Regulación Aeroportuaria (DORA) y consultas"

1. A más tardar el 1 de enero del último ejercicio al que resulte de aplicación el Documento de Regulación Aeroportuaria (DORA) vigente, Aena, S.A., deberá iniciar un período de consultas con las asociaciones representativas de usuarios sobre su propuesta de Documento de Regulación Aeroportuaria (DORA) para el siguiente quinquenio.

2. Aena, S.A., proporcionará a las asociaciones representativas de usuarios información suficiente para valorar su propuesta de Documento de Regulación Aeroportuaria (DORA) para cada año del quinquenio, y los valores esperados de las principales variables operativas y financieras, tanto para el conjunto de la red como individualizado para los aeropuertos de la red cuyo tráfico anual sea superior a cinco millones de pasajeros, así como cualquier otra que pudiera establecer la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en sus resoluciones. Durante las consultas con las compañías aéreas y otros usuarios de la red, éstas facilitarán a Aena, S.A., la información prevista en la Sección 3.ª en relación con el procedimiento de transparencia y consulta, referida al período quinquenal que abarque la propuesta de Documento.

La duración mínima de las consultas será de dos meses, entendiéndose completada si no se reciben observaciones en dicho plazo.

(...)

3. Finalizado el período de consultas y a más tardar el 15 de marzo del último ejercicio al que resulte de aplicación el Documento de Regulación Aeroportuaria (DORA) vigente, Aena, S.A., presentará a la Dirección General de Aviación Civil, una propuesta detallada de cada uno de los elementos que, conforme a lo previsto en esta sección 2.ª, se establecen en el Documento de Regulación Aeroportuaria (DORA). (...)

Aena, S.A., remitirá a la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia una copia de la documentación enviada a la Dirección General de Aviación Civil para su análisis con carácter previo a la emisión del informe previsto en el siguiente artículo. (...)"

2- El artículo 25, a continuación, regula la "Elaboración y propuesta de aprobación del DORA" en los siguientes términos:

1. Corresponde a la Dirección General de Aviación Civil elaborar el Documento de Regulación Aeroportuaria (DORA) y elevarlo ante los órganos competentes del Ministerio de Fomento para su posterior aprobación por el Consejo de Ministros, previo informe de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos (CDGAE).

2. (...)

3. En el procedimiento de tramitación para la aprobación del Documento de Regulación Aeroportuaria (DORA), la Dirección General de Aviación Civil solicitará, como tarde el 1 de julio, el informe de la Comisión Nacional

de los Mercados y la Competencia y de la Agencia Estatal de Seguridad Aérea en sus respectivos ámbitos de competencia. Asimismo, en dicho procedimiento se recabará informe de la Dirección General de Política Económica del Ministerio de Economía y Competitividad, en relación con los valores tarifarios. (...)

Además y sin perjuicio de la documentación aportada por Aena, S.A., junto a la propuesta de Documento de Regulación Aeroportuaria (DORA), con el objeto de determinar las previsiones de costes, ingresos y pasajeros necesarias para la elaboración de la propuesta de aprobación de dicho Documento, la Dirección General de Aviación Civil podrá requerir a Aena, S.A., toda la información que considere necesaria, incluyendo los últimos valores reales auditados de costes e ingresos del operador, así como la contabilidad analítica desagregada por aeropuerto que a partir de la entrada en vigor de esta Ley deberá llevar Aena, S.A.

La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia podrá requerir la contabilidad analítica desagregada por aeropuerto en el desempeño de las competencias que tiene atribuidas.

4. (...)"

3-. El artículo 26 regula la " Aprobación del Documento de Regulación Aeroportuaria ":

"1. Por Acuerdo de Consejo de Ministros, previo informe de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos (CDGAE), a propuesta del Ministerio de Fomento, se aprobará el Documento de Regulación Aeroportuaria (DORA). Para su elaboración, el Ministerio de Fomento, a través de la Dirección General de Aviación Civil, recabará los informes previstos en el apartado 3 del artículo anterior.

(...)"

4-. El artículo 31, titulado " Supervisión y seguimiento del Documento de Regulación Aeroportuaria (DORA) " atribuye la supervisión del cumplimiento y el seguimiento del DORA a la Agencia Estatal de Seguridad Aérea, en el ámbito de sus competencias. Y establece que dicha Agencia Estatal remitirá el Informe anual de supervisión técnica aeroportuaria a Aena, S.A., a la Dirección General de Aviación Civil, para su elevación al Secretario de Estado de Infraestructuras, Transporte y Vivienda, y a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

Este conjunto normativo configura con claridad la intervención de la CNMC en el procedimiento de elaboración y aprobación del DORA, y es con carácter de " Supervisar el cumplimiento del procedimiento de transparencia y consulta llevado a cabo por Aena, S.A" ex art. 10 ley 3/2013 y de informante, ex arts. 24 y siguientes de la ley 18/2014 .

Ahora bien, de la lectura de ambos actos administrativos resulta que es de aplicación la Disposición Transitoria cuarta de la ley 18/2014 que regula las " Normas transitorias en relación con las tarifas hasta la aplicación del primer Documento de Regulación Aeroportuaria (DORA) ":

"1. La cuantía de las tarifas aeroportuarias de Aena, S.A., a la entrada en vigor de esta Ley será la establecida en los artículos 68 y 72 a 90, ambos inclusive, de la Ley 21/2003, de 7 de julio . Su actualización, hasta la aplicación del primer Documento de Regulación Aeroportuaria, se ajustará a lo previsto en esta disposición.

2. La actualización de las tarifas, en la que deberá tenerse en cuenta las bonificaciones previstas por razones de interés general, se realizará, con sujeción al procedimiento de consulta previsto en el artículo 98 de la Ley 21/2003, de 7 de julio, de Seguridad Aérea , conforme a lo dispuesto en el artículo 92 de la citada Ley 21/2003, de 7 de julio , (...)

En el procedimiento de consulta las partes están obligadas a suministrarse la información prevista en el artículo 35 esta Ley .

3. Recibida la propuesta de modificación o actualización de las prestaciones patrimoniales públicas, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia supervisará el procedimiento de consulta y transparencia y el cumplimiento de lo previsto en el apartado 2. Del mismo modo, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia deberá comprobar, de oficio y, en su caso, en la resolución de los recursos que planteen las asociaciones representativas de usuarios, si la propuesta resulta justificada, de acuerdo con las previsiones contenidas en los planes directores, las demandas de tráfico, los requerimientos y necesidades de las compañías usuarias de los aeropuertos y los adecuados estándares de calidad, así como si responde a los criterios de no discriminación, objetividad y transparencia y si garantiza la sostenibilidad de la red.

A los efectos de lo dispuesto en el párrafo anterior, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia tendrá acceso a toda la información necesaria y, en especial, a la información a que se refiere el apartado 3 y a los acuerdos sobre el nivel de servicios que se hayan podido alcanzar.

En el caso de inadmisión de la propuesta cuando ésta se haya efectuado prescindiendo del procedimiento contemplado en el artículo 98 de la Ley 21/2003, de 7 de julio, de Seguridad Aérea , se concederá al gestor



aeroportuario un plazo para subsanar las deficiencias detectadas, transcurrido el cual sin que se hayan subsanado o manteniéndose las condiciones de inadmisión de la propuesta, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia remitirá la propuesta de modificación tarifaria que proceda aplicando lo dispuesto en el apartado 2, debidamente justificada y en la que consten las irregularidades identificadas, al órgano competente para su incorporación al anteproyecto de ley que corresponda.

En la supervisión de que las propuestas de modificación o actualización de las tarifas aeroportuarias presentadas por el gestor aeroportuario se ajustan a lo previsto en el apartado 2, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia remitirá al órgano competente para su inclusión en el anteproyecto de ley que corresponda, las propuestas del gestor aeroportuario que cumplan con dichos criterios.

En otro caso, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia comunicará al gestor aeroportuario la modificación tarifaria revisada o, en su caso, los criterios que habría de seguir para que la propuesta garantice el cumplimiento de lo dispuesto en el párrafo anterior y el plazo para presentar la nueva propuesta ajustada a dichos criterios. Recibida la comunicación del gestor aeroportuario o transcurrido el plazo concedido al efecto sin haberla obtenido, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia remitirá la modificación tarifaria revisada que proceda al órgano competente para su inclusión en el anteproyecto de ley que corresponda. En la propuesta de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia se hará constar de forma clara y precisa la modificación tarifaria propuesta por dicha Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, así como el punto de vista del gestor aeroportuario.

Del acuerdo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia sobre la propuesta, que deberá adoptarse en el plazo máximo de cuatro meses, se dará traslado a Aena, S.A., a las organizaciones o asociaciones representativas de usuarios y al órgano competente para su inclusión en el anteproyecto de ley que corresponda.

4. La Ley de Presupuestos Generales del Estado de cada año podrá modificar o actualizar las tarifas aeroportuarias de Aena, S.A.

En todo caso, el Ministerio de Fomento incorporará al proyecto de ley que corresponda la propuesta de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia sobre la actualización o modificación de las tarifas de Aena, S.A., en sus estrictos términos.

Durante la tramitación parlamentaria de dicho proyecto de ley, Aena, S.A., hará un seguimiento de las enmiendas presentadas que afecten a la modificación o actualización de sus tarifas y dará traslado de aquéllas que se produzcan a las asociaciones representativas de usuarios, así como a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia."

DECIMOTERCERO- En el escrito de demanda, la parte actora alega que se ve obligada a formalizar su demanda sin disponer del expediente administrativo ni de un solo antecedente documental del procedimiento que, en el seno de la misma CNMC, dio lugar a la emisión de los actos impugnados.

Ya en el momento previo a la formalización de la demanda, se debatió sobre la situación del expediente, porque el recurrente consideraba que lo que la CNMC había enviado a la Sala no es un expediente administrativo, y que debería entregársele uno más completo y que incluyese documentos que se han declarado confidenciales por la Administración.

La Sala apreció que el expediente entregado constaba de la documentación que no había sido declarada confidencial por la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia. Esta documentación conforme se acordó en la Providencia de fecha 26 de mayo de 2015 dictada para solicitar la remisión del expediente administrativo, se puso de manifiesto a dicha Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, que en caso de formar parte del expediente documentos declarados confidenciales, los mismos quedasen en poder de dicha Comisión, aunque a disposición del Tribunal. La actora, no solo no impugnó tal decisión, sino que ni alegó entonces ni alega ahora que consecuencias tuvo la no disponibilidad de esa parte confidencial del expediente.

El núcleo del argumento de la actora, en relación con la resolución de 23 de abril de 2015 es que ninguna norma habilita a la CNMC para dictar dicha resolución.

A la vista de la normativa reproducida en el fundamento jurídico anterior, tal argumento no puede prosperar.

La Disposición Transitoria claramente establece que hasta que se aplique DORA la actualización de las tarifas se realizará, con sujeción al procedimiento de consulta previsto en el artículo 98 de la Ley 21/2003, de 7 de julio, de Seguridad Aérea, conforme a lo dispuesto en el artículo 92 de la citada Ley 21/2003, de 7 de julio. Y una vez que se presenta la propuesta de modificación o actualización de las prestaciones patrimoniales públicas, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia supervisará el procedimiento de consulta y transparencia y el cumplimiento de lo previsto en el apartado 2. La CNMC debe igualmente comprobar " si la



propuesta resulta justificada, de acuerdo con las previsiones contenidas en los planes directores, las demandas de tráfico, los requerimientos y necesidades de las compañías usuarias de los aeropuertos y los adecuados estándares de calidad, así como si responde a los criterios de no discriminación, objetividad y transparencia y si garantiza la sostenibilidad de la red ."

No sucede, en contra de lo alegado por la recurrente, una vinculación imperativa al gestor aeroportuario por mor de la "voluntad" de la CNMC de imponer una determinada interpretación de la ley, que es lo alegado por TCI LUXEMBOURG. Ni sucede, como igualmente se alega, que el resultado de este procedimiento, llevado a cabo en un periodo transitorio, continúe surtiendo efectos en el posterior periodo, el de aplicación del DORA.

Como expone el Abogado del Estado, el acuerdo de abril se sitúa en un específico marco legal, la DT 4ª de la ley 18/2014 en el periodo preDORA, en el cual se estableció por el ordenamiento jurídico un contenido a la misión de supervisión distinto del que luego se establece para el periodo DORA.

Según la D.T. citada en el ejercicio de su facultad de supervisión, la CNMC

I) Admitirá o no la propuesta

II) Comprobará si la propuesta está justificada, y tal comprobación se llevará a cabo tomando en consideración:

- a) las previsiones contenidas en los planes directores
- b) las demandas de tráfico
- c) los requerimientos y necesidades de las compañías usuarias de los aeropuertos
- d) los adecuados estándares de calidad.

Igualmente comprobará si la propuesta responde a estos criterios:

- a) no discriminación
- b) objetividad y transparencia
- c) garantía de la sostenibilidad de la red.

Una vez cumplidas estas funciones, dice literalmente la ley que *"remitirá la propuesta de modificación tarifaria que proceda"* y en otro caso *"comunicará al gestor aeroportuario la modificación tarifaria revisada o, en su caso, los criterios que habría de seguir para que la propuesta garantice el cumplimiento de lo dispuesto en el párrafo anterior y el plazo para presentar la nueva propuesta ajustada a dichos criterios."*

Pero el ejercicio de tales competencias no determinaba necesariamente la modificación de las tarifas, pues tal facultad le correspondía al Poder Legislativo mediante su incorporación en la Ley de Presupuestos Generales del Estado de cada año. Para ello, de manera expresa, se encomienda al Ministerio de Fomento la incorporación al proyecto de ley correspondiente de la propuesta de la CNMC sobre la actualización o modificación de las tarifas de AENA.

Es así que es la Ley 48/2015, de 29 de octubre, de PGE para el año 2016 (BOE de 30/10/2015) la que dispone en su artículo 80 que *"con efectos de 1 de marzo de 2016, la cuantía de las prestaciones patrimoniales de carácter público de Aena S.A., establecidas en (...), disminuyen en un 1,9 por ciento respecto al nivel de las exigibles el 29 de febrero de 2016"*. Además, en el mismo artículo se modifican diversos preceptos de la LSA, en relación con las prestaciones públicas por diversos conceptos.

Y una vez que se ha llevado a cabo lo anterior se dará traslado a AENA S.A., y a los demás interesados señalados en la D.T., *"para su inclusión en el anteproyecto de ley que corresponda."*

Por último, *"La Ley de Presupuestos Generales del Estado de cada año podrá modificar o actualizar las tarifas aeroportuarias de Aena, S.A."*

No se aprecia en consecuencia la alegada falta de competencias de la CNMC: el procedimiento es el previsto en la ley, y ha ido precedido de una consulta pública anunciada en la Resolución de 11 de septiembre de 2014 aprobando la propuesta de modificación tarifaria de Aena, S.A. para 2015. Ya se establecían entonces las medidas que deberán adoptarse en futuros procedimientos de consulta advirtiendo de que es necesario alcanzar mayor precisión en la cuantificación de los costes de las prestaciones patrimoniales públicas y de los servicios sujetos a precios privados en el proceso de determinación de las modificaciones tarifarias futuras a aplicar por el gestor aeroportuario.

Y como igualmente señala el Abogado del Estado y alegan los codemandados, el acuerdo de 23 de abril de 2015, ni vinculó a AENA ni afectó a su situación patrimonial, estando previsto que bien AENA modifique su propuesta para adecuarse a los criterios de la CNMC o bien que no la modifique, presentando sus propias



conclusiones. La CNMC se limita en este caso a presentar para su tramitación en la Ley de Presupuestos Generales su propia propuesta haciendo constar como dice la D.T. " *el punto de vista del gestor aeroportuario* " y será el Parlamento, en ejercicio de la función legislativa, el que adoptará la decisión que considere oportuna.

Así lo hizo el legislador en la ley 48/2015, de 29 de octubre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2016 que en su artículo 80 párrafo uno establece que las prestaciones patrimoniales de carácter público de AENA S.A. disminuyen en un 1,9 por ciento a partir del 1 de marzo de 2016, en relación con el nivel que tenían el 29 de febrero de 2016.

En consecuencia: debe desestimarse el motivo de impugnación según el cual la CNMC carecía de competencia para dictar la resolución de 23 de abril de 2015.

E igualmente debe desestimarse el motivo de impugnación según el cual no se ha dado cumplimiento al procedimiento administrativo de actualización de las tarifas aeroportuarias que regula la disposición transitoria cuarta de la Ley 18/2014 , para el llamado período pre-DORA.

La Sala considera que es el acuerdo de 30 de junio de 2015 la que hace lo que la actora atribuye al acuerdo de 23 de abril. En efecto, basta la lectura de la misma para comprobar que forma parte de un procedimiento iniciado por la resolución de 11 de septiembre de 2014, seguido de la consulta pública de 17 de diciembre de 2014, en la que participó AENA, y en abril se alcanzan determinadas conclusiones que a su vez AENA ignoró, dando lugar a la decisión de junio. La CNMC en el ejercicio de sus competencias, como se ha indicado, comprobó que había deficiencias en el cumplimiento de las exigencias de la ley, en relación con la aplicación de determinados criterios que aseguran el cumplimiento de las previsiones del pfo. 2 de la D.T. 4 y con ello del art. 92 de la ley de Seguridad Aérea . Se ha cumplido la ley en el acuerdo de junio, por cuanto en esta se establece que si AENA no ajusta su propuesta a las indicaciones del supervisor, de acuerdo con los principios de no discriminación, objetividad y transparencia, la CNMC pueda revisar dicha propuesta y comunicarle al gestor que adapte su propuesta a lo sugerido por la CNMC.

DECIMOCUARTO-. En cuanto al fondo, alega la recurrente que el acuerdo de 23 de abril de 2015 adolece de una manifiesta inconsistencia económica. Sostiene que es errónea y carente de fundamento la conclusión alcanzada por la CNMC de que los ingresos comerciales se benefician más que proporcionalmente del incremento del número de pasajeros objetando igualmente el modelo estadístico aplicado.

La revisión del conjunto de antecedentes a que reiteradamente se ha hecho mención, permite comprobar la justificación de la actividad administrativa impugnada y su conformidad a derecho igualmente en este punto:

1-. Resolución de la CNMC de 11 de septiembre de 2014 por la que se aprueba la propuesta de modificación tarifaria de AENA para 2015 y se establecen las medidas que deberán adoptarse en futuros procedimientos de consulta. Esta Resolución establece la necesidad de alcanzar mayor precisión en la cuantificación de los costes de las prestaciones públicas y los servicios sujetos a precios privados o actividades comerciales a la hora de actualizar las tarifas aeroportuarias futuras.

2-. Consulta pública de diciembre de 2014 relativa a la propuesta de ajuste de los costes imputables a las actividades comerciales de los aeropuertos de Aena, S.A., consecuencia de la resolución anterior.

3-. Acuerdo de la CNMC de 23 de abril de 2015 sobre los criterios de separación de costes que AENA debía considerar en sus propuestas.

4-. Acuerdo de la CNMC de 30 junio de 2015 en que la CNMC le comunica a AENA como ha de modificar su propuesta de actualización de tarifas para ajustarse al Acuerdo de Abril de 2015.

5-. Resolución de la CNMC de 30 julio de 2015 en el que la CNMC eleva su propuesta sobre la actualización de tarifas y la de AENA al órgano competente para decidir.

6-. Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2015 que aprueba la actualización de tarifas.

La CNMC concluye que el cambio del mecanismo de regulación económica de las tasas aeroportuarias, desde un modelo de caja única o single till a uno de caja doble o dual till1, obliga a AENA a una separación apropiada de los costes que comparten las actividades aeroportuarias y comerciales de forma que no se incluyan, en el cálculo de las PPP, costes vinculados a la prestación actividades comerciales.

En primer lugar, y dada la relevancia que la parte actora atribuye a los informes periciales que aportó y fueron ratificados ante la Sala, es preciso recordar que la prueba pericial no es una prueba tasada, sino que, como los restantes medios de prueba, ha de ser valorada por el juzgador, de manera que las conclusiones de los peritos han de ser examinadas depurando sus razonamientos ponderándose a tenor de su fuerza de convicción.



Es a la Sala sentenciadora a la que le corresponde la valoración de la prueba pericial, pues el art. 348 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, dispone que " *el Tribunal valorará los dictámenes periciales según las reglas de la sana crítica* ", lo que no significa otra cosa sino que las conclusiones de los peritos deben ser examinadas depurando sus razonamientos, ponderándose atendiendo a su fuerza convincente.

En el Anexo 1 del acuerdo del mes de abril, se resumen por la CNMC las alegaciones y respuestas efectuadas en el expediente correspondiente. Allí se empieza por advertir a AENA que " *en ningún momento la propuesta sometida a consulta pública supone un cambio en el marco regulador sino que únicamente se ha supervisado la correcta asignación de los costes entre las actividades comerciales y aeroportuarias.*"

En relación con el Manual de la OACI se recuerda que manifiestamente su propósito es proporcionar " *textos de orientación práctica* " y que no se trata de principios obligados, pero aún si lo fueran, " *se llegaría necesariamente a la conclusión de que el modelo actual de costes de AENA, como base de costes para fijar las PPP no cumple con la finalidad establecida por la OACI para los mismos, ya que como consecuencia del mecanismo tarifario vigente, el precio fijado para cada una de las PPP, no refleja fielmente el coste de su prestación*". Finalmente concluye que además, se han respetado los principios de la OACI, que en su manual indica que " *no es aconsejable basarse los derechos. Es decir, la OACI considera que las cuentas o los modelos de costes son una referencia básica pero en ningún caso la única a la hora de establecer los derechos o tarifas aeroportuarias.*"

La actora continúa alegando que las conclusiones de la CNMC sobre el modelo utilizado y su indicación de que lleva a una infravaloración de los costes de las actividades reguladas están carentes de todo soporte siendo así que no se aporta cálculo alguno en apoyo de tal conclusión.

La Sala considera que la CNMC aporta tanto en el acuerdo litigioso como en los anexos un conjunto de justificaciones sobre la conclusión alcanzada.

En el Anexo I, en primer lugar, indica que " *difícilmente la metodología de reparto de costes establecida por esta Sala puede ir en contra del marco normativo vigente por el hecho de que no se base exclusivamente en un modelo de contabilidad analítica, cuando en ningún momento el artículo 92.2.b) de la LSA establece que la separación de costes entre las actividades aeroportuarias y comerciales se deba realizar basándose en un modelo de contabilidad analítica* ". Y que " *de la lectura del artículo 92.2 de la LSA se deduce que los únicos elementos cuyos costes son susceptibles de ser repartidos entre las actividades comerciales y aeroportuarias son aquellos activos o gastos compartidos entre ambas actividades. Es evidente que los elementos del lado aire no son compartidos por las actividades comerciales por lo que, de acuerdo con el marco normativo vigente, no cabe su imputación a las mismas* ".

Más adelante continúa: " *la metodología propuesta en el documento sometido a consulta pública pretende estimar los costes que el modelo de contabilidad de costes de AENA no imputa a las actividades comerciales..... En definitiva, esta Sala, en el ejercicio de sus competencias de supervisión en la fijación de las PPP, ha diseñado una metodología encaminada a asegurar un adecuado reparto entre los costes generados entre las actividades comerciales y aeroportuarias* ".

Otras indicaciones que este Tribunal considera relevantes, y que exceden de la supuesta única indicación respecto al modelo: " *El modelo econométrico planteado no pretende, como interpreta AENA, explicar el ingreso medio comercial por pasajero a través de una única variable (el número de pasajeros) puesto que en dicho caso la correlación entre los ingresos comerciales por pasajero y el número de pasajeros debería ser elevada. Sin embargo, que ésta sea reducida no implica que el número de pasajeros no influya en el ingreso comercial por pasajero que el aeropuerto obtiene y, de hecho, no es condición esencial que dos variables dispongan de una correlación elevada para realizar una estimación econométrica y que dicha relación resulte estadísticamente significativa*".

Se continua con referencias a la muestra seleccionada, las variables utilizadas en la estimación, la inclusión de variables irrelevantes y adicionales, la estimación econométrica, la capacidad del modelo de explicar la variación del ingreso comercial por pasajero, la aplicación del límite inferior del intervalo de confianza, para finalizar con la cuantificación del ajuste en los costes asignados.

El Anexo II recoge el modelo econométrico.

El informe pericial suscrito por E. Cañizares señala que el modelo de contabilidad de costes de AENA ya recoge un cierto sobredimensionamiento de la terminal para albergar las zonas comerciales al asignar a las actividades comerciales una parte del coste que es proporcional a la superficie que ocupan. Que la CNMC no aporta datos que evidencien que los sobrecostes de las actividades comerciales vayan más allá de la superficie que ocupen, ni tiene en cuenta que la distribución de los costes en función de la superficie que realiza el modelo de AENA puede llevar a sobreestimar el coste de las actividades comerciales.



Tanto en este informe pericial como en el suscrito por el profesor Anselmo , se incide en que la especificación del modelo no es adecuada, y en la falta de robustez de las estimaciones.

El Abogado del Estado en la contestación a la demanda, expone la existencia de un marco teórico consolidado, con cita de estudios sobre la diferencia entre aeropuertos hub y turísticos y los restantes en razón de la mayor presencia de pasajeros internacionales y el correlativo aumento de ingresos comerciales. Igualmente recuerda. La Sala comparte su conclusión: el uso de un modelo diferente por un supervisor independiente frente a la actuación de otros supervisores del sector con un claro conflicto de intereses como puede ser la DGAC, que forma parte del Ministerio de Fomento, al que también está adscrita ENAIRE con el 51% del capital social de AENA, no invalida su uso (el del modelo diferente), sino que por el contrario incide en la imparcialidad de la actuación administrativa.

La parte actora y los peritos olvidan que en el curso de la precedente consulta pública sobre la propuesta de ajuste de los costes imputables a las actividades comerciales de los aeropuertos de AENA, S.A. se puso de manifiesto la necesidad de hacer un ajuste en el reparto de costes imputables a las actividades aeroportuaria y comercial realizadas en las terminales, para que no ocurriese que las tarifas aeroportuarias fuesen un medio de recuperación de los costes que generaban las actividades comerciales de AENA. Igualmente se determinó que los ingresos comerciales se benefician más que proporcionalmente del incremento del número de pasajeros. Es decir, este acto administrativo de abril de 2015 no está aislado sino que como reiteradamente se ha venido señalando en los fundamentos jurídicos precedentes, constituye un paso más en un procedimiento que finaliza en el Congreso de los Diputados.

La actora sostiene que se ha inventado un método estadístico en el que falta la proporcionalidad directa número de pasajeros e ingreso comercial por pasajero. Se cita una sentencia del Tribunal Supremo en la que se anula en parte un Real Decreto porque no se regula uno de los tres elementos que configuraban determinados precios: se anula porque se ha fijado un valor a un determinado margen " *sin especificar ni directa ni indirectamente el método por el que se llega a dicho valor* ".

No es este el caso: la CNMC recibió una propuesta de AENA en la que la imputación de costes de construcción del aeropuerto a prestaciones públicas se fundaba exclusivamente en los metros cuadrados ocupados por cada tipo de actividad, y así se reconoce en la demanda. Se advirtió por la Administración que este método no tenía en cuenta que la construcción de la terminal del aeropuerto promueve el acceso de los pasajeros a las áreas comerciales privadas de manera que se sobredimensiona el aeropuerto y que existe una clara conexión entre el aumento del tráfico aéreo y el de pasajeros y el aumento de los ingresos comerciales. Las periciales en ningún momento niegan o privan de validez tal conclusión.

Todos estos razonamientos se efectúan por la Sala a fin de dar respuesta a las alegaciones de la parte actora, pero no pueden olvidarse las consideraciones efectuadas sobre el hecho de que la predeterminación de los criterios establecidos en el Acuerdo de abril de 2015 ningún efecto vinculante tuvo para AENA, que presentó propuesta de congelación tarifaria para 2016, prescindiendo de dichos criterios.

DECIMOQUINTO -. En cualquier caso, la Administración si respetó, en su Resolución, el mecanismo de caja doble legalmente establecido y únicamente realiza un ajuste en el reparto de costes imputables a las actividades comerciales y reguladas en las áreas terminales, de forma que no se recuperen, vía tasas aeroportuarias, costes que son generados por las actividades comerciales de AENA.

La Disposición Transitoria Séptima de la Ley 18/2014 regula el " *Régimen de aplicación gradual de la caja doble desde el inicio de 2015 hasta fin de 2018* " en los siguientes términos:

Sin perjuicio de lo dispuesto en la Disposición transitoria sexta, a partir del año 2015 y durante un periodo de cuatro años, para la obtención de los ingresos regulados requeridos del quinquenio, se adicionará al resultado que arroje la fórmula de los ingresos regulados requeridos anuales descrita en el Anexo VIII, apartado 6, los gastos de explotación y coste de capital generados por las actividades relacionadas con los precios privados no regulados de las áreas terminales y se deducirán así mismo los ingresos correspondientes a los precios privados no regulados derivados de dichas áreas terminales, afectados ambos por el coeficiente corrector K, que a continuación se detalla en función del año de aplicación:

Coeficiente corrector K

2015 2016 2017 2018

60% 40% 20% 0%

Los ingresos, gastos, inversiones y demás partidas, generadas por actividades de expansión y desarrollo internacional no se considerarán a los efectos de la aplicación gradual de caja doble, no teniéndose en cuenta para la obtención de los ingresos regulados requeridos del quinquenio ."



En la Exposición de Motivos de la Ley 18/2014 ya se indicaba que " *Al igual que sucede en los modelos regulatorios de otros países de nuestro entorno, los ingresos del gestor aeroportuario asociados a los servicios aeroportuarios básicos estarán condicionados por el cumplimiento de un ingreso máximo anual por pasajero, cuya determinación estará basada en la recuperación de costes eficientes así reconocidos por el regulador.* "

Y como alguno de los codemandados recuerda, este sistema de doble caja venía impuesto por la Resolución de 11 de septiembre de 2014 que devino firme.

Se alega por último, la infracción del principio de confianza legítima que puede concretarse, en palabras del Tribunal Constitucional, en la expresión "*saber el ciudadano a qué atenerse*".

El principio de confianza legítima es una proyección del principio de seguridad jurídica, y se encuentra en estrecha relación con el de legalidad en la actuación de las Administraciones Públicas. El principio de seguridad jurídica, tal y como viene enunciado en el artículo 9.3 CE, no aparece configurado como un derecho subjetivo (STC 28/1994, de 27 de enero), sino como una exigencia objetiva del ordenamiento, que se impone al funcionamiento de todos los órganos del Estado (STC 62/1984, de 21 de mayo). Como ya declarase el Tribunal Constitucional en Sentencia 8/1981, de 30 de marzo, el principio de seguridad jurídica -ex artículo 9.3 CE -, bien que dirigido en especial al legislador, constituye un mandato a los poderes públicos.

El Tribunal Supremo en la sentencia de 17 de junio de 2003 reiterada en la sentencia de 20 de febrero de 2017 ha señalado que este principio determina que " *la autoridad pública no pueda adoptar medidas que resulten contrarias a la esperanza inducida por la razonable estabilidad en las decisiones de aquélla, y en función de las cuales los particulares han adoptado determinadas decisiones* ", aunque ello no comporta que resulte aplicable cuando su invocación se fundamenta en la mera expectativa de una invariabilidad de las circunstancias concurrentes, porque " *ni el principio de seguridad jurídica ni el de la confianza legítima garantizan que las situaciones de ventaja económica deban mantenerse indefinidamente estables, coartando la potestad de los poderes públicos para establecer nuevas regulaciones* ".

En este caso, los precedentes claramente anunciaban el cambio: la propia Resolución de septiembre de 2014 adelanta que se está analizando la asignación de los costes entre las actividades no sujetas a regulación y las PPP y la intención de someter sus conclusiones a consulta pública. Y la consulta pública se realiza antes de la salida a Bolsa de AENA, es decir, antes de que se materializara la inversión de la recurrente en la compañía.

Por el conjunto de razones expuestas, procede desestimar el recurso y confirmar los actos administrativos impugnados.

DECIMOSEXTO- . Procede efectuar condena al pago de las costas a la parte actora que ha visto íntegramente desestimado su recurso, de conformidad con lo dispuesto en el art. 139 de la Ley Jurisdiccional ,

Visto s los preceptos legales citados, y los demás de pertinente aplicación,

FALLAMOS

Que debemos **DESESTIMAR y DESESTIMAMOS** el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de **TCI LUXEMBOURG S.A.R.L** contra la Resolución dictada por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia el día 23 de julio de 2015 descrita en el fundamento jurídico primero de esta sentencia. Con condena al pago de las costas a la parte actora.

ASÍ por esta nuestra sentencia lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

La presente sentencia es susceptible de recurso de casación que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el siguiente al de su **no** tificación; en el escrito de preparación del recurso deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2. de la Ley de la Jurisdicción , justificando el interés casacional objetivo que presenta.