



Roj: **SAN 2450/2019** - ECLI: **ES:AN:2019:2450**

Id Cendoj: **28079230082019100358**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **8**

Fecha: **17/06/2019**

Nº de Recurso: **355/2015**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **ERNESTO MANGAS GONZALEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **AUDIENCIA NACIONAL**

**Sala de lo Contencioso-Administrativo**

### **SECCIÓN OCTAVA**

**Núm. de Recurso:** 0000355 / 2015

**Tipo de Recurso:** PROCEDIMIENTO ORDINARIO

**Núm. Registro General:** 04892/2015

**Demandante:** "AENA, S. A."

**Procurador:** D. RAMÓN RODRÍGUEZ NOGUEIRA

**Demandado:** COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

**Codemandado:** "RYANAIR, D.A.C. ", "ASOCIACION DE LINEAS AEREAS", "INTERNATIONAL AIR TRANSPORT ASSOCIATION - IATA", "ASOCIACION DE COMPAÑÍAS ESPAÑOLAS DE TRANSPORTE AEREO - ACETA"

**Abogado Del Estado**

**Ponente Ilmo. Sr.:** D. ERNESTO MANGAS GONZÁLEZ

### **SENTENCIA Nº:**

**Ilmo. Sr. Presidente:**

D. FERNANDO LUIS RUIZ PIÑEIRO

**Ilmos. Sres. Magistrados:**

D. ERNESTO MANGAS GONZÁLEZ

D<sup>a</sup>. MERCEDES PEDRAZ CALVO

D<sup>a</sup>. ANA ISABEL GÓMEZ GARCÍA

Madrid, a diecisiete de junio de dos mil diecinueve.

La Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional [Sección Octava] ha pronunciado la siguiente Sentencia en el **recurso contencioso-administrativo núm. 355/2015**, interpuesto por "AENA, S. A.", representada por el Procurador de los Tribunales **D. Ramón Rodríguez Nogueira**, con asistencia letrada, respecto de la **Resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, de 23 de julio de 2015**, sobre aprobación de la propuesta de modificación tarifaria para el ejercicio 2016 y otros extremos. Habiendo intervenido, como **parte demandada**, la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO, representada y asistida por la Abogacía del Estado, y como **partes codemandadas**, las siguientes entidades:

"RYANAIR, D.A.C. ", anteriormente denominada "RYANAIR, LTD.", representada por el Procurador de los Tribunales **D. Eduardo Codes Feijoo**.



"ASOCIACION DE LINEAS AEREAS", representada por la Procuradora de los Tribunales **D<sup>a</sup>. Cristina Gramage López** .

"INTERNATIONAL AIR TRANSPORT ASSOCIATION - IATA", representada por el Procurador de los Tribunales **D. José Luis Pinto-Marabotto Ruiz** .

"ASOCIACION DE COMPAÑÍAS ESPAÑOLAS DE TRANSPORTE AEREO - ACETA", representada por la Procuradora de los Tribunales **D<sup>a</sup>. Ana María Araúz de Robles Villalón** .

## AN TECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO: Interposición y admisión a trámite del recurso contencioso-administrativo. Comparecencia de las entidades interesadas, en concepto de codemandadas.**

Mediante escrito presentado con fecha de 31 de julio de 2015, la Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup>. Lucía Agulla Lanza, actuando en nombre y representación de "AENA, S. A.", procedió a la **interposición de recurso contencioso-administrativo** frente a Resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, de 23 de julio de 2015, por la que se aprueba la propuesta de modificación tarifaria de AENA, S. A., para 2016 y se establecen las medidas que deberán adoptarse en futuros procedimientos de consulta [Expte. STP/DTSP/004/15].

El recurso contencioso-administrativo fue **admitido a trámite** mediante providencia de 10 de septiembre de 2015 [Sala de lo Cont. Admvo., Sección 8 - Audiencia Nacional - P. O. **355/2015**], reclamando el expediente administrativo y el emplazamiento de los interesados, habiendo comparecido como tales las entidades reseñadas en el encabezamiento, mediante la representación procesal ostentada por los causídicos asimismo reseñados, con su correspondiente asistencia letrada, a quienes se tuvo por partes, en concepto de **codemandadas** , mediante diligencia de ordenación de 26 de octubre de 2015. Asimismo, compareció en el proceso, mediante escrito de 19 de octubre de 2015, el Procurador de los Tribunales D. Antonio García Martínez, en nombre y representación de "EASYJET AIRLINE COMPANY LIMITED", en calidad de codemandada, pero se apartó del procedimiento mediante escrito de 28 de marzo de 2018, por carecer la controversia de interés para su representada.

**SEGUNDO: Suspensión el curso del proceso por causa de prejudicialidad .**

La representación procesal de "AENA, S. A." solicitó la **suspensión del curso del proceso, por causa de prejudicialidad** [ art. 43 LEC ], hasta que se resolviera por el Tribunal Supremo el recurso de casación formulado contra los autos de 29 de junio y 10 de noviembre de 2015, dictados por esta Sección en el **P. O. 318/2015** , en relación con la Resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC de 23 de julio de 2015 . Oídas las restantes partes, y en línea con lo resuelto en auto dictado en el P. O. 427/2105 con fecha de 11 de abril de 2016, la Sala decidió mediante **auto de 13 de abril de 2016** la suspensión del presente recurso jurisdiccional hasta tanto el Tribunal Supremo dictase sentencia en el recurso de casación interpuesto por AENA contra los autos de 29 de julio y 10 de noviembre de 2015, dictados en el recurso 318/1025 , de inadmisión del recurso jurisdiccional deducido frente a Acuerdo de 23 de abril de 2015, de la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC, por el que se adoptan los criterios sobre la separación de costes de las actividades aeroportuarias y comerciales de AENA.

Mediante providencia de 11 de enero de 2017, se dio traslado a las partes, para alegaciones, de la Sentencia dictada por el Tribunal Supremo con fecha 19 de diciembre de 2016 , recaída en la sustanciación del recurso de Casación interpuesto contra el auto de 10 de noviembre de 2015 , confirmado en reposición por auto de 10 de noviembre de 2015, ambos dictados en el P.O. 237/2015 .

Mediante auto de 10 de mayo de 2017, la Sala decidió: a) no ha lugar a dejar sin efecto las providencias de 11 y 19 de enero de 2017; b) estar a lo acordado en autos de 13 abril y 21 de julio de 2016 .

Mediante **sentencia de 19 de junio de 2017** , la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo dio lugar al recurso de casación núm. 4009/2015 interpuesto por AENA AEROPUERTOS, S.A.U, contra el auto de la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 29 de julio de 2015 , confirmado en reposición por auto de 10 de noviembre de 2015 y, en consecuencia, decidió admitir el recurso contencioso-administrativo núm. 138/2015 , disponiendo la prosecución de la tramitación del mismo por la Sala de lo Contencioso-Administrativo [Sección Octava] de la Audiencia Nacional.

**TERCERO.- Reanudación del curso del proceso. Demanda rectora del recurso jurisdiccional. Contestación a la demanda .**

Mediante providencia de 12 de diciembre de 2017 se dio traslado a la representación procesal de AENA para la presentación de la **demanda**, trámite que formalizó mediante escrito de 26 de febrero de 2018, en el que tras la exposición de los hechos y de los correspondientes fundamentos de derecho, vino a solicitar la anulación de la Resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia de 23 de julio de 2015, por la que se corrige la propuesta de actualización tarifaria formulada por "AENA, S.A." (Expediente STP/DTSP/004/15) y, correlativamente, que se declare la conformidad a Derecho de la Propuesta de actualización de tarifas aeroportuarias de 29 de mayo de 2015, con imposición de las costas a la Administración demandada.

La Abogacía del Estado procedió a la **contestación** a la demanda mediante escrito de 11 de abril de 2018, solicitando la desestimación del recurso jurisdiccional y la confirmación de la resolución impugnada, con imposición de las costas a la parte recurrente.

La representación procesal de "RYANAIR, LTD." contestó a la demanda por escrito de 04 de junio de 2018, solicitando con carácter principal la declaración de inadmisibilidad del recurso jurisdiccional por haberse interpuesto contra actividad no susceptible de impugnación y, con carácter subsidiario, la desestimación del mismo, con imposición de las costas a la parte recurrente.

La representación procesal de "ASOCIACION DE LINEAS AEREAS" contestó a la demanda por escrito de 01 de junio de 2018, solicitando la desestimación del recurso jurisdiccional y la confirmación de la resolución impugnada en el mismo, con imposición de las costas a la Administración recurrente.

La representación procesal de "INTERNATIONAL AIR TRANSPORT ASSOCIATION - IATA" contestó a la demanda por escrito de 04 de junio de 2018, solicitando la inadmisión del recurso jurisdiccional, por lo expuesto en el Fundamento Jurídico Primero, o subsidiariamente, su desestimación por las causas expuestas en los fundamentos ulteriores del escrito de contestación.

Y la representación procesal de "ASOCIACION DE COMPAÑÍAS ESPAÑOLAS DE TRANSPORTE AEREO - ACETA", contestó a la demanda por escrito de 05 de junio de 2018, solicitando la desestimación del recurso jurisdiccional y la imposición de las costas a la parte recurrente.

#### **CUARTO: Recibimiento del proceso a prueba .**

Mediante auto de 19 de julio de 2018, se recibió el proceso a prueba, admitiendo la **documental y pericial** propuestas en la **demanda**, consistiendo la **documental** en los documentos adjuntados con el propio escrito de demanda y en el expediente administrativo, y consistiendo la **pericial** en la ratificación y aclaración del informe pericial sobre los criterios de separación de costes y definición del déficit aplicados por la CNMC en la supervisión tarifaria de AENA para 2016, elaborado por Fidel , en enero de 2016, informe adjuntado con la demanda. Asimismo, se admitió también la prueba **documental** propuesta en el trámite de **contestación a la demanda** por la respectiva representación procesal de IATA y de ACETA, documental consistente en los documentos adjuntados con su escrito de contestación, y en el expediente administrativo.

#### **QUINTO : Terminación del proceso.**

Practicada la prueba admitida y una vez formalizado por las partes el trámite de conclusiones, con la asunción de la representación procesal de "AENA, S. A." por el Procurador de los Tribunales D. Ramón Rodríguez Nogueira, por renuncia de la anterior representante, quedaron conclusas las actuaciones procesales mediante diligencia de ordenación de 06 de noviembre de 2018. Por lo que mediante providencia de 16 de noviembre de 2018 se señaló para votación y fallo el día 16 de enero de 2019, señalamiento que por necesidades del servicio fue dejado sin efecto mediante providencia de 13 de diciembre de 2018. Finalmente, mediante providencia de 21 de marzo de 2019 se señaló para votación y fallo el día 10 de abril de 2019, y mediante posterior providencia de 08 de mayo de 2019 se acordó que prosiguiera la deliberación el 29 de mayo de 2019, quedando con ello el recurso jurisdiccional visto para sentencia, de la que ha sido Ponente el Magistrado D. ERNESTO MANGAS GONZÁLEZ, quien expresa el parecer de la Sala.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

#### **PRIMERO: Objeto del recurso contencioso-administrativo.**

Es **objeto de impugnación** [ art. 25, Ley 29/1998, de 13 de julio ] la "Resolución por la que se aprueba la **Propuesta de modificación tarifaria de AENA, S. A., para 2016**, y se establecen las medidas que deberán adoptarse en futuros procedimiento de consulta", dictada con fecha de **23 de julio de 2015** por la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia [Expte. STP/DTSP/004/15].

La resolución adoptada concretamente contiene las siguientes determinaciones:



"PRIMERO.- Declarar que **la propuesta de congelación tarifarla** para 2016 presentada por Aena S.A. en su escrito de 29 de mayo de 2015 **y la modificación de la** misma incluida en su escrito de 13 de julio de 2015 no se ajusta a lo dispuesto en el apartado 2 de la disposición transitoria cuarta de la Ley 18/2014, de 15 de octubre y, en particular, a lo previsto en el artículo 92 de la Ley 21/2003, de 7 de julio de Seguridad Aérea".

"SEGUNDO.- **Aprobarla propuesta de modificación tarifarla revisada** por esta Comisión correspondiente al ejercicio 2016 a los efectos de lo dispuesto en la disposición transitoria cuarta, apartado 3, párrafo quinto de la Ley 18/2014. **Dicha propuesta consiste en:**

- *La reducción de las prestaciones patrimoniales públicas de Aena en un 1,9% respecto de las aprobadas para 2015.*

- *La aplicación de un descuento de un 40% a los pasajeros en conexión.*

- *En el caso de la aviación general, para las aeronaves de peso máximo al despegue inferior a 5 toneladas, la ampliación de las 2 horas actuales a 3 horas de la exención de la tarifa de estacionamiento en los aeropuertos de los grupos 4 y 5.*

Como prevé la disposición transitoria cuarta apartado tercero de la Ley 18/2014, la propuesta así configurada es conforme a lo dispuesto en el artículo 92 de la LSA y en la disposición transitoria sexta, apartado 1 de la Ley 18/2014. Asimismo, 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 estándares de calidad, y que responde a criterios de no discriminación, objetividad y transparencia y garantiza la sostenibilidad de la red".

"TERCERO.- Declarar que, a efectos de lo previsto en el artículo 92 apartado 2, letra c, Aena **compensará íntegramente en el ejercicio 2016, el déficit correspondiente al ejercicio 2013**, que, capitalizado, ascendía a 199,2 millones de euros".

"CUARTO.- Declarar que Aena S.A. ha cumplido en lo sustancial el **procedimiento de consultas** establecido en el artículo 98 de la LSA".

"QUINTO.- Requerir a Aena, S.A. y a las compañías aéreas a adoptar las **medidas** contenidas en el Fundamento de Derecho Segundo, apartado B.3 de la presente Resolución".

"SEXTO.- Requerir a Aena, S.A., para **próximos procedimientos de consulta**, la presentación a la CNMC del último ejercicio cerrado disponible de su contabilidad analítica".

"SÉPTIMO.- Dar traslado de la presente Resolución, en la que consta el punto de vista del gestor aeroportuario, a Aena, S.A., a las asociaciones representativas de usuarios y al Ministerio de Fomento para la **inclusión de la propuesta supervisada en el anteproyecto de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2016**, conforme a lo previsto en el apartado 4 de la disposición transitoria cuarta de la Ley 18/2014".

#### **SEGUNDO: Planteamiento del recurso contencioso-administrativo.**

Con la pretensión de que **se anule** la Resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia de 23 de julio de 2015, por la que se corrige la propuesta de actualización tarifaria formulada por AENA, S.A. (Expediente STP/DTSP/004/15), y de que **se declare la conformidad a Derecho** de la Propuesta de actualización de tarifas aeroportuarias de 29 de mayo de 2015, la representación procesal de AENA, después de exponer los aspectos sustantivos y procedimentales relevantes para el enjuiciamiento de la resolución impugnada, conforme a la regulación legal de las tarifas aeroportuarias, plantea en la **demand**a rectora del recurso jurisdiccional los siguientes **motivos de impugnación** de aquella resolución:

" **Primer motivo de impugnación relativo a la separación de costes. Falta de competencia de la CNMC para corregir el método contable de AENA. El método propuesto por la CNMC es contrario a Derecho**".

"En este Fundamento Jurídico se exponen las razones por las que debe anularse el primer punto controvertido de la Resolución (el relativo a la imputación de los costes de la terminal). Las razones que sustentan este motivo impugnatorio son dos: (i) La incompetencia de la CNMC para imponer el criterio de contabilización de costes de la terminal que ha aplicado. (ii) El carácter contrario a Derecho, en cuanto al fondo, del criterio aplicado".

" **1.- Sobre la falta de competencia de la CNMC para imponer un criterio de separación de costes no previsto en la norma. En la Resolución Impugnada la CNMC se ha extralimitado en sus competencias supervisoras** (...) 1.1. La Resolución Impugnada debe ser anulada por cuanto aplica los criterios establecidos en un acto que materialmente constituye una disposición general -el Acuerdo de 23 de abril- que ha sido dictado por un órgano manifiestamente incompetente (...) 1.2. En cualquier caso, la CNMC carece de competencia para



innovar, en el proceso de actualización de tarifas, la regulación del modelo de doble caja e imponer un ajuste en la contabilización de costes del gestor aeroportuario sin amparo en la regulación (...) 1.3. Conclusión sobre la falta de competencia invocada . En suma, dicho sea con el debido respeto, resulta evidente que la CNMC se ha extralimitado de las competencias legalmente previstas para su labor supervisora en el seno del procedimiento administrativo de modificación de tarifas. A este respecto, como se ha señalado, en los preceptos que regulan las potestades de la CNMC no se recoge la facultad de supervisar la contabilización que AENA ha efectuado de los costes vinculados a los campos de vuelo en aplicación del criterio de doble caja. Tal ejercicio de supervisión y corrección de la contabilidad del gestor aeroportuario no puede ejercerse por la CNMC ni, directamente, en el seno del procedimiento supervisión ni, mucho menos, indirectamente, a través de la publicación de "instrucciones" con vocación de obligar (esto es, disposiciones generales), con la finalidad de completar y desarrollar los preceptos de la LSA y la Ley 18/2014. En consecuencia, la Resolución impugnada debe ser declarada contraria a Derecho por carecer la CNMC de competencia para dictar y aplicar criterios de corrección del modelo de imputación de costes del gestor aeroportuario".

**" 2.- El criterio de contabilización que pretende imponer la CNMC a AENA, basado en el número de pasajeros gestionados, no tiene sustento en la LSA ni en la Ley 18/2014 (...)** 2.1. Planteamiento. 2.1.1. El punto de partida de la CNMC: AENA aplica un criterio de distribución de costes basado únicamente en la superficie ocupada por cada actividad (criterio de metros cuadrados), lo que genera una serie de sobrecostes y costes intangibles que se generarían únicamente por las actividades comerciales (...) 2.1.2. El criterio de la CNMC para la elección del modelo de imputación de costes (...) Así las cosas, y ante la imposibilidad manifestada por la CNMC de aplicar el único modelo supuestamente correcto, se contraponen en la Resolución Impugnada dos modelos de imputación de costes en liza, que pretenden servir a la aplicación del modelo de separación de costes de doble caja o dual till: **(i)** por un lado, el modelo de contabilidad de costes ABC utilizado por AENA (y reconocido internacionalmente) de carácter directo y objetivo; y **(ii)** por otro, un modelo estimativo basado en el modelo econométrico de regresión lineal diseñado ad hoc para AENA (y que carece de precedentes en los países de nuestro entorno) de carácter subjetivo y de difícil supervisión externa (...) 2.2. La crítica de la CNMC al modelo de contabilización de costes de AENA carece de fundamento, por cuanto parte de una serie de premisas erróneas (...) 2.3. La metodología de imputación de costes de la CNMC se basa en una serie de supuestos arbitrarios y no contrastados que podrían estar generando una doble contabilización de costes (...) 2.4. El modelo de imputación de costes establecido en el Acuerdo de 23 de abril (y aplicado en la Resolución Impugnada) se separa abiertamente del modelo de doble caja (puro) establecido en la LSA, para aplicar un modelo de caja híbrido (...) 2.5. **Conclusión sobre la incorrección sustantiva de los criterios de la CNMC.** En definitiva, de lo expuesto hasta ahora, solo cabe concluir que la Resolución Impugnada es contraria a Derecho y, por tanto, debe ser anulada: **a.** En efecto, la Resolución Impugnada (en cuanto que aplica el Acuerdo de 23 de abril) **fundamenta las correcciones realizadas por aplicación de la metodología de imputación de costes formulada por la CNMC en la existencia de una serie de presupuestos** -tales como, **(i)** la (errónea) constatación de que el modelo de contabilidad de AENA aplica únicamente el criterio de los metros cuadrados; o **(ii)** que aplica un sistema de coste incremental por el cual no se imputan a las actividades comerciales los costes de las zonas / activos comunes- que, como ha quedado acreditado, **no concurren en el modelo contable de AENA** . Por tanto, ante la constatación de la falta de concurrencia de tales presupuestos, no correspondería, en ningún caso, aplicar los criterios del Acuerdo de 23 de abril para corregir el modelo contable de AENA. **b.** Asimismo, ha quedado acreditado que la metodología propuesta por AENA carece de rigor y fundamento, por concurrir en ella las inconsistencias expuestas en el punto 2.3. de este Fundamento Jurídico, y que se derivan de la aplicación de unos criterios formulados en abstracto, sin haber verificado su coherencia con el modelo de imputación de costes de AENA. **c.** Por último, la Resolución Impugnada ha de reputarse contraria a Derecho por cuanto contradice lo dispuesto en el artículo 92 de la LSA, al sostener e imponer la aplicación de un modelo de caja híbrido, en el que la determinación de los costes de las actividades reguladas se realiza en función de los ingresos procedentes de las actividades comerciales, en clara contradicción del modelo de caja puro establecido en la normativa aplicable".

**" Segundo motivo de impugnación de la resolución impugnada: improcedente aplicación de un criterio de "déficit real". El modelo regulatorio español prevé un criterio prospectivo de recuperación de costes "**

"Pasamos ahora a examinar el segundo de los motivos de impugnación que esta parte esgrime frente a la Resolución impugnada. Ese motivo se refiere a que la Resolución rechaza la propuesta de AENA respecto al déficit de 555,3 millones que debía compensarse en ejercicios posteriores, limitándose a establecer que no habría déficit distinto del que se compensaría íntegramente en 2016. Como veremos en este Fundamento Jurídico, el planteamiento de la CNMC es erróneo, puesto que la necesidad de tomar en cuenta el denominado "déficit prospectivo" vuelve a ser una exigencia normativa que la CNMC no puede variar".

"1. Planteamiento. 1.1. El artículo 92.1 de la LSA establece la fórmula de cálculo de los Ingresos Regulados Requeridos ("IRR") de la siguiente manera: **" Ingresos regulados requeridos** se calcularán, para el año n, por



aplicación de la siguiente fórmula: Ingresos regulados requeridos = Gastos de explotación + Coste de Capital + **Ajuste por déficit** " En efecto, el "ajuste por déficit" o déficit de tarifa es uno de los elementos que deben incluirse en la formulación de los IRRs, al menos de manera transitoria, tal y como se establece en el artículo 92.2 de la LSA (...) 1.2. Como se observa, el artículo 92 de la LSA establece un criterio prospectivo de recuperación de costes. De tal manera que, en coherencia con el marco regulatorio aplicable al sistema tarifario de AENA y en atención al principio de recuperación de costes establecido en, parece claro que la LSA impone un concepto de déficit prospectivo (...) 1.3. La postura de la CNMC había sido mantenida en el Acuerdo de 23 de abril (...) y en la Resolución de 11 de septiembre de 2014 (...) 1.4. Así, la Resolución Impugnada, en aplicación del concepto de déficit real, revisa la Propuesta de actualización de 2016, corrigiendo el déficit calculado. Por ello, mientras que: "A este respecto el punto de vista del gestor aeroportuario contenido en su propuesta es, por el contrario, la consideración de un déficit estimado en los ejercicios de supervisión correspondientes a los años 2013, 2014 y 2015, lo que capitalizado supondría recuperar un **importe vía tarifas aeroportuarias de 754,5 millones de euros**," La Comisión considera que: "[E]l déficit producido en el ejercicio 2014 es cero y que en el ejercicio 2016 Aena puede recuperar 179,3 millones de euros producidos en 2013, **que capitalizados suponen 198,90 millones de euros**". Y, por ello "se ha procedido a realizar una propuesta de modificación tarifaria revisada en este punto". 1.5. Pues bien, con el debido respeto a esa Comisión, la interpretación que se contiene en el mencionado no es sostenible por diversos motivos, que se detallan a continuación. 2. A pesar de no haberse producido ningún cambio regulatorio, la CNMC ha operado un cambio de criterio repentino e impredecible que ocasiona un grave perjuicio económico a AENA (...) 3. **El marco tarifario es de innegable carácter prospectivo y, por tanto, tal principio prospectivo debe aplicarse al concepto de déficit de tarifa (...)** 4. En cualquier caso, la determinación de la naturaleza del déficit no puede aplicarse con carácter retroactivo (...) 5. **Conclusión.** De lo anterior se deduce que la interpretación del concepto de déficit de tarifa, con arreglo al criterio de déficit observado o ex post debe ser considerado contrario al artículo 92. Y ello en la medida en que: **a.** De una interpretación razonable, aplicando criterios sistemáticos, debe dar lugar a entender que el déficit debe ser prospectivo. De lo contrario, la formulación de un déficit observado o ex post quebraría los principios básicos de la regulación tarifaria aplicable al sector aeroportuario, por cuanto implicaría desnaturalizar el principio de riesgo y ventura y altear los principios basales del sistema retributivo del gestor aeroportuarios. **b.** No cabe introducir, el criterio ex post u observable, en la formulación de las tarifas aeroportuarias, por cuanto el déficit de tarifa se integra dentro de los IRR (ingresos regulados **recuperables**) que se formulan, junto con la actualización tarifaria anual, al inicio de cada ejercicio para ser aplicables de cara a futuro. De esta manera, al no existir un sistema de revisión tarifaria que implique introducir el (inexistente en nuestra regulación) déficit real o producido, el concepto de tarifa solo puede ser entendido como déficit prospectivo. **c.** Tales criterios estaban avalados por la Dirección General de Aviación Civil, el Comité de Regulación Ferroviaria y Aeronáutica y la propia CNMC. Por tanto, no puede admitirse que, sin haberse producido ningún cambio normativo, se produzca un giro interpretativo radical de un concepto jurídico consolidado en nuestro derecho. Y mucho menos puede admitirse que, un cambio interpretativo repentino e impredecible, pues tener como consecuencia la revisión retroactiva del déficit reconocido mediante una resolución firme, pues ello implica una vulneración frontal de los principios de seguridad jurídica y confianza legítima. Por ello, en respetuosa pero firme opinión de esta parte, la Resolución Impugnada también debe ser declarada contraria a Derecho en este punto y, en su lugar, mantener indemnes las situaciones jurídicas anteriores".

En el trámite de **conclusiones**, la parte actora vino a reiterar los motivos de la demanda, solicitando que se dictase sentencia con arreglo a los pedimentos de la demanda, y alegando sustancialmente:

"En relación con la corrección aplicada de los costes imputados a la terminal: (I) Falta de competencia de la CNMC para corregir el método contable de AENA; y (II) El método propuesto por la CNMC es erróneo y contrario a Derecho".

"1. Extralimitación por parte de la CNMC de las competencias legalmente previstas para su labor supervisora en el seno del procedimiento administrativo de modificación de tarifas (...) 1.1. La Resolución Impugnada debe ser anulada por cuanto aplica los criterios establecidos en un acto que materialmente constituye una disposición general -el Acuerdo de 23 de abril- que ha sido dictado por un órgano manifiestamente incompetente (...) 1.2. En cualquier caso, la CNMC carece de competencia para innovar, en el proceso de actualización de tarifas, la regulación del modelo de doble caja e imponer un ajuste en la contabilización de costes del gestor aeroportuario sin amparo en la regulación (...) 2. En cuanto a la validez intrínseca del criterio de imputación de costes aplicado: (i) el criterio de contabilización que pretende imponer la CNMC a AENA no tiene sustento legal; y (ii) se ha acreditado en el proceso que es un criterio erróneo. En el escrito de demanda (págs. 32 y ss.) esta parte alegó que el criterio de contabilización que pretende imponer la CNMC a AENA, basado en el número de pasajeros gestionados, no tiene sustento en la ley; es producto de una decisión arbitraria de la CNMC; y es menos objetivo, transparente y supervisible que el criterio empleado por AENA y defendido también por la Dirección General de Aviación Civil (" **DGAC** "), que se basa en la distribución por metros cuadrados (si bien en



una distribución por metros cuadrados que asigna a las zonas comerciales el coste de zonas vinculadas con ellas indirectamente). Todo ello ha quedado acreditado, además, por la prueba pericial practicada en autos (...). De cuanto se ha expuesto en este apartado pueden extraerse las siguientes conclusiones: (i) El método propuesto por la CNMC incurre en errores tanto técnicos como jurídicos. Son errores claros. Por señalar solo dos aquí: (a) se asume de manera claramente contraria a los conceptos económicos más básicos que un incremento de ingresos del 35% comporta automáticamente un incremento de costes del 35%, desconociendo que los costes de cualquier actividad se descomponen en costes variables y costes fijos (los cuales no varían con la variación de la actividad); y (b) se pretende que el incremento de los ingresos de las actividades comerciales se trasvase hacia las actividades reguladas rompiendo el principio de dual till. (ii) De este modo, en este procedimiento se ha acreditado suficientemente que no existiría base alguna para conceder a la CNMC una suerte de margen de discrecionalidad técnica. Ya no solo es que la CNMC no tenga competencia para realizar las operaciones que ha llevado a cabo; es que el método resultante de ese desbordamiento competencial resulta ser técnicamente erróneo".

"Improcedente aplicación de un criterio de "déficit real". El modelo regulatorio español prevé un criterio prospectivo de recuperación de costes".

"En esta Conclusión Segunda se argumentará que la fórmula de actualización de las tarifas y el criterio de recuperación del déficit (generado por el límite máximo al porcentaje de incremento que pueda producir aquella) son prospectivos. Así lo han entendido la DGAC, el Comité de Regulación Ferroviaria y Aeroportuaria ("CRFA") y la propia CNMC hasta su cambio de postura. Y así resulta, en fin, de la normativa aplicable como se argumentó en la demanda. 1. Planteamiento (...) El artículo 92 de la LSA establece un criterio prospectivo de recuperación de costes. De tal manera que, en coherencia con el marco regulatorio aplicable al sistema tarifario de AENA y en atención al principio de recuperación de costes establecido en la misma norma, parece claro que la LSA impone un concepto de déficit prospectivo. No obstante, esta no es la interpretación de la CNMC. En efecto, en la Resolución Impugnada, la Comisión adopta un criterio real del déficit de tarifa (...) 2. El marco tarifario es de innegable carácter prospectivo y, por tanto, tal principio prospectivo debe aplicarse al concepto de déficit de tarifa. El criterio de la CNMC plantea una solución coyuntural que rompe la idea de riesgo y ventura (...)"

### **TERCERO: Oposición de la Administración demandada al recurso contencioso-administrativo.**

1.- La Administración **demandada** se opone al recurso contencioso-administrativo.

Sobre el primer motivo de impugnación en que se basa la demanda, la Abogacía del Estado opone :

" (...) El recurso de AENA se basa en este punto en que la Resolución recurrida sería nula porque aplica una "disposición general" dictada por la CNMC sin disponer de **competencia** para ello (el Acuerdo de 23 de abril) (...) Debe reiterarse aquí que en su Resolución de 23 de julio de 2015 y en las actuaciones realizadas en el marco de la supervisión de las tarifas para 2016 la CNMC ha obrado en todo momento en ejercicio de sus competencias. La disposición transitoria cuarta de la Ley 18/2014 atribuye a la CNMC en su apartado 3 la potestad de revisar que la propuesta de actualización tarifaria de AENA cumple, entre otras cosas, con lo previsto en su apartado 2, y este apartado 2, a su vez, se refiere a la verificación del cumplimiento del procedimiento de consulta del artículo 98 de la LSA y de la conformidad con lo dispuesto en el artículo 92 de la misma (...) Como se ha indicado anteriormente, el cumplimiento de lo dispuesto en el mencionado artículo 92, no se refiere a que la CNMC deba limitarse a la mera comprobación matemática del resultado que ofrece la fórmula contemplada en dicho artículo, a partir de los datos aportados por AENA, sino también a 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 aeronáuticas y los datos de déficit aportados. De ello se deduce una obligación de separación de costes entre ambas actividades que debía ser supervisada por la CNMC. En este punto dado que el artículo mencionado no contenía ningún criterio concreto para efectuar la separación de costes, correspondía a la CNMC la determinación de los mismos según la disposición transitoria cuarta, apartado 3, quinto párrafo, en el ejercicio de las funciones de supervisión que le atribuye el artículo 10 de la Ley de creación de la CNMC (...)"

" (...) La demandante argumenta que, ante la imposibilidad manifestada por la CNMC de aplicar el único modelo de costes supuestamente correcto (modelo con un enfoque bottom up), rechaza el modelo de imputación de costes basado en cada tipo de actividad (activitybased cost, o ABC) utilizado por AENA (reconocido internacionalmente y con un carácter directo y objetivo) y opta por un método indirecto de estimación de los costes no imputados por la contabilidad analítica de AENA, basado en un modelo econométrico de carácter subjetivo y de difícil supervisión externa. De tal manera que, para la recurrente, si el modelo propuesto por la CNMC fuese incorrecto o partiese de premisas erróneas, quedaría demostrado que la propuesta de actualización de tarifas de AENA para 2016 era correcta. Posteriormente, procede a indicar cuales son, en

base a las opiniones contenidas en un informe pericial, las premisas erróneas en las que se basa el criterio de la CNMC".

" (...) La recurrente indica que, tal y como queda acreditado en el " **Informe Pericial** sobre criterios de separación de costes y definición del déficit aplicados por la CNMC en la supervisión tarifaria de AENA para 2016" (el Informe Pericial que se aporta como documento nº4), **la CNMC asume 4 premisas erróneas** . Dichas premisas se transcriben y rebaten a continuación (...) La demandante afirma que, la primera crítica que la CNMC opone frente al modelo contable de AENA (y, por tanto, frente a la Propuesta de actualización de 2016), se fundamenta en que dicho modelo sigue, exclusivamente, el criterio de los metros cuadrados (...) Ante las observaciones anteriores, esta Comisión se reafirma en la aseveración de que el modelo de contabilidad de costes de AENA reparte el coste de los edificios terminales entre actividades comerciales y aeroportuarias en función de los metros cuadrados tal y como quedará claramente constatado a continuación (...) En definitiva, en contraposición a lo alegado por la demandante, y tal como se demuestra a partir de la información contenida en su propio manual de contabilidad analítica, el criterio de reparto de los costes de la terminal a las actividades y, por tanto, a las actividades comerciales, son los metros cuadrados ocupados y en ningún momento AENA menciona en sus manuales contables otros criterios diferentes".

"La demandante asume que la CNMC considera que los costes comunes a las actividades reguladas y comerciales tales como ascensores, pasillos, aseos etc., de no existir las actividades comerciales, desaparecerían y, por tanto, deberían imputarse únicamente a la parte comercial, considerando esta premisa de partida como errónea ya que gran parte dedicada al espacio destinado a la actividad comercial seguiría siendo necesario para la prestación de las actividades reguladas (...) Esta premisa no puede admitirse como tal ya que las asunciones que hace AENA son interpretaciones erróneas de lo que la CNMC establece y argumenta en la Resolución recurrida".

"En relación a la premisa anterior, la recurrente afirma que la CNMC deduce (erróneamente) que, el sobredimensionamiento del 2% del edificio terminal debido a actividades comerciales supondría que las actividades aeroportuarias estarían soportando un sobrecoste de entre 24 y 75 millones de euros, dependiendo de las hipótesis sobre las que se base el citado 2% realizando las siguientes matizaciones sobre la afirmación anterior (...) En relación a la primera matización realizada por AENA y relativa a que los costes de la terminal serían prácticamente los mismos de no existir las actividades comerciales, nos remitimos a la respuesta realizada a la premisa errónea 2 así como a las justificaciones incorporadas en el Acuerdo de 23 de abril al que se remite la Resolución recurrida, donde claramente la CNMC identifica qué costes no existirían si en las terminales únicamente se prestasen los servicios aeroportuarios regulados (...) En segundo lugar, el sobredimensionamiento del terminal calculado en un 2% según AENA, cuyo importe no fue justificado por esta compañía en su momento, se refiere a la terminal en su conjunto, sin diferenciar espacios concretos dentro de la misma, por lo que su coste estaría incorporado al coste global de la terminal y se asignaría tanto a las actividades reguladas como comerciales (...)"

"En la denominada premisa errónea 4, la demandante vuelve a reproducir y repetir gran parte de las argumentaciones utilizadas en la premisa 2, que como ha quedado justificado son incorrectas (...) En cuanto al rechazo del modelo contable de AENA, ya se ha explicado ampliamente en la respuesta al apartado 2.1.2 y en la premisa errónea 2 que la CNMC no sólo no lo rechaza, sino que lo toma como base del reparto inicial, y que simplemente lo complementa con otro modelo que recogería una serie de costes no recogidos en el driver utilizado por AENA (...)"

" (...) La metodología de imputación de costes (...) Sobre este aspecto, y con independencia de la obligada respuesta que a continuación se dará a los supuestos que la demandante alega que podrían estar generando una doble contabilización de los costes, cabe indicar, previamente, que es **totalmente indubitado que el sistema no genera doble contabilización** , puesto que la decisión de la CNMC únicamente afecta al reparto del total de los costes de AENA. Otra cuestión es la disconformidad de la demandante con el criterio aplicado para realizar el mismo (...)"

"Uno de los objetivos de la demandante es deslegitimar la acción de la CNMC haciendo entender que el ajuste realizado se separa del modelo de doble caja puro establecido en la LSA y que como consecuencia no cumpliría con la Ley. Esta argumentación como se comprobará está alejada de la realidad (...) A este respecto es importante establecer que **la CNMC** no modifica en ningún momento el sistema de caja doble incluido en la LSA, puesto que **únicamente determina los costes a imputar a la actividad regulada**. Y, es más, como claramente se puede comprobar a través de los cálculos contenidos en el Acuerdo de 23 de abril (ver apartado IV.3), la CNMC respeta escrupulosamente el mecanismo de caja doble legalmente establecido y únicamente realiza un ajuste en el reparto de costes imputables a las actividades comerciales y reguladas. Por tanto, y como se comprobará a continuación, la CNMC actúa con anterioridad a la aplicación del mecanismo de caja doble que afecta a la contribución del margen comercial a la financiación de la actividad aeroportuaria (...)"



Por tanto, y como conclusión: (i) **La CNMC no obliga a contabilizar los costes de las actividades reguladas en función de los ingresos** de las actividades puesto que estos no se ven afectados por el ajuste realizado y (ii) como consecuencia **no se está**, como artificiosamente se argumenta, **vulnerando el modelo de doble caja establecido en el artículo 92 de la LSA** .

2.- Y sobre el segundo motivo de impugnación en que se basa la demanda, la Abogacía del Estado opone:

" (...) **Reitera la demandante en este punto que la LSA, al establecer un criterio prospectivo de recuperación de costes, impone un déficit prospectivo** . Como se explica a continuación, el hecho de que las tarifas se fijen para el año siguiente sobre la base de estimaciones de costes e ingresos (prospectivos) no implica que deba reconocerse un déficit basado en estimaciones. En este punto el artículo 92.2.c) en su literalidad es meridianamente claro y no permite duda interpretativa alguna al utilizar los términos de "déficit producido" e "incremento real de tarifas" como recoge la Resolución recurrida. Por otra parte, la interpretación de AENA, da lugar a consecuencias absurdas y contrarias al ordenamiento jurídico por lo que no puede considerarse la querida por el legislador (...) En primer lugar, la CNMC no ha cambiado de criterio, sino que ha seguido el mismo criterio contenido en su Resolución de supervisión de 2014 (...) En segundo lugar, en cuanto a los informes de supervisión anteriores a 2014, la CNMC considera que no contradicen las conclusiones de la Resolución recurrida, puesto que deben interpretarse en su contexto (...) Así lo ha entendido siempre la CNMC, que no ha visto contradicción entre lo afirmado en anteriores ejercicios de supervisión y las sucesivas resoluciones de la CNMC de 2014 y 2015, estando su criterio, por lo demás, sobradamente motivado en las propias resoluciones (...)"

" (...) **La demandante hace una lectura del artículo 92 de la LSA y, en general, del marco tarifario de AENA aplicable a la resolución recurrida, que no se corresponde con la realidad** . El artículo 92.2.c) no ofrece margen de interpretación alguno en favor del reconocimiento de un déficit prospectivo al referirse claramente dicho artículo al "posible déficit producido" (...) De la lectura de este precepto se desprende tanto del "posible", como del "producido" que es un déficit que no se puede determinar "a priori" o "ex ante" hasta que no se conozca el resultado real de aplicación de las tarifas (...) La literalidad de la norma desmiente, pues, la interpretación de AENA. Como se ha indicado, el término "producido" nunca se podría utilizar en un contexto de estimación ex ante o a priori. En dicho caso, lo lógico es que el legislador se hubiese referido al déficit "estimado (...) Por todo ello, contrariamente a lo alegado, el criterio aplicado por la CNMC es la única interpretación razonable y plenamente conforme a Derecho. Adicionalmente, y tal y como se argumentó en la Resolución recurrida, incorpora los incentivos adecuados a la eficiencia del gestor aeroportuario al permitir a AENA obtener el superávit tarifario que genere durante el ejercicio como consecuencia de las mejoras que pueda introducir en la gestión de los servicios aeroportuarios objeto de regulación económica (...)"

" (...) La demandante alega que los organismos de supervisión competentes en 2012 y 2013 reconocieron una situación jurídica individualizada favorable a AENA y que el Acuerdo de 30 de junio en la medida que afecta negativamente a los ingresos de AENA derivados de la fórmula de actualización de las tarifas no puede aplicarse retroactivamente. Frente a esta alegación, debe responderse, en primer lugar, que el uso de un criterio por el supervisor independiente, como es la CNMC, no quedaría invalidado por la opinión distinta anterior 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 100% del capital social de AENA en el momento en que aprobaron los informes de supervisión), sino que más bien garantiza la imparcialidad de su decisión y la aplicación correcta y eficaz de la Directiva. Además, debe decirse que **ni la DGAC ni el CRFA eran competentes para realizar el cálculo del déficit recuperable** ni para declarar su recuperación en el ejercicio de supervisión correspondiente. A lo más que pudieron llegar en sus respectivos ejercicios de supervisión es a la valoración de las distintas estimaciones sobre el posible déficit presentadas por AENA como no podía ser de otra manera, puesto que no disponían de los datos de déficit real y por tanto no les correspondía a ellas determinarlo ni autorizar su recuperación (...) Por todo lo anterior debe concluirse que **la Resolución impugnada es conforme a Derecho** en lo que se refiere a la valoración y recuperación del déficit tarifario reconocido a AENA. En primer lugar, por razón de la competencia, ya que la CNMC fue la primera autoridad independiente de supervisión a la que le correspondió aplicar el artículo 92.2.c) de la LSA . Y, en segundo lugar, por su contenido, ya que la interpretación de la CNMC es la única conforme con la interpretación literal, sistemática y teleológica de la norma pues, a diferencia del criterio de AENA, su resultado es coherente con el marco regulador aeroportuario al no exceder la retribución del capital fijado por la normativa y generar los incentivos adecuados al gestor".

3.- En su **escrito de conclusiones** , dividido en cuatro apartados [enunciados del I al IV], la Abogacía del Estado procedió, en primer término ["I.- En cuanto a los hechos"], a dar por reproducidos los **hechos** del expediente administrativo y los que puso de manifiesto en su escrito de contestación a la demanda, señalando que este recurso contencioso- administrativo fue interpuesto por AENA frente a la Resolución de la Sala de Supervisión



Regulatoria de la CMNC de 23 de julio de 2015, y vino precedido de dos Acuerdos impugnados en el recurso contencioso-administrativo núm. 318/15 de esta Sección.

En segundo término ["II. En cuanto a la **competencia** de la CNMC para adoptar la resolución recurrida"], vino a poner de manifiesto que la actualización de las tarifas para 2016, por aplicación de la disposición transitoria cuarta de la Ley 18/2014, se llevó a cabo mediante una fórmula de actuación tarifaria definida en el art. 92 de la Ley 21/2003 [LSA], bajo supervisión de la CNMC, fórmula consistente en la actualización anual de las cuantías de las tarifas unitarias correspondientes a las PPP, que percibía AENA por la prestación de los servicios aeroportuarios, para lo cual, se debían determinar antes los "Ingresos regulados requeridos", que vienen a recoger los costes en los que incurre el gestor aeroportuario por la prestación de los servicios aeroportuarios básicos. Estos costes son la suma de tres componentes que la Ley detalla: Gastos de explotación (art. 92.2.a), Coste de capital (art. 92.2.b) y Ajuste por déficit (art.92.2.c). La determinación de cuyos componentes -agrega el escrito anotado- constituye un ejercicio regulatorio complejo, como se pone de manifiesto de la lectura del artículo y de la propia Resolución recurrida. Dicho lo cual, y en el mismo apartado II, se insiste en que: II.1) La CNMC no se ha extralimitado en la corrección de los costes imputados por Aena a las actividades aeroportuarias. II.2) Debe desestimarse el motivo de impugnación según el cual la Resolución debe ser anulada por aplicar criterios establecidos en el Acuerdo de 23 de abril. II.3) La CNMC no ha modificado con su decisión el criterio de doble caja que establece la regulación.

En tercer término ["III. En cuanto a la prueba practicada"], se expone el resultado de la prueba practicada, alegando sustancialmente que:

"En el presente proceso se ha practicado prueba documental, Y pericial, que en absoluto fundamenta las pretensiones de la parte recurrente, tal y como ya expusimos en nuestro escrito de contestación a la demanda y de conformidad con lo que exponemos a continuación. III.1 En relación con la **corrección aplicada en los costes imputados a los servicios aeroportuarios** El dictamen pericial presentado por la parte recurrente es de D. Fidel , pretende acreditar que el criterio de imputación de costes aplicado por la CNMC no tiene validez, por no tener sustento legal y por considerarlo un criterio erróneo. No puede aceptarse tal conclusión tal y como ya alegamos en nuestra **contestación a la demanda** (...) III.2 **En relación a la improcedente aplicación de un déficit real**. Reitera la demandante en este punto que la LSA, al establecer un criterio prospectivo de recuperación de costes, impone un déficit prospectivo. Como se explica a continuación, el hecho de que las tarifas se fijen para el año siguiente sobre la base de estimaciones de costes e ingresos (prospectivos) no implica que deba reconocerse un déficit basado en estimaciones. En este punto el artículo 92.2.c) en su literalidad es meridianamente claro y no permite duda interpretativa alguna al utilizar los términos de "déficit producido" e "incremento real de tarifas" como recoge la Resolución recurrida. Por otra parte, la interpretación de Aena, da lugar a consecuencias absurdas y contrarias al ordenamiento jurídico por lo que no puede considerarse la querida por el legislador (...)"

"Por todo ello, contrariamente a lo alegado, el criterio aplicado por la CNMC es la única interpretación razonable y plenamente conforme a Derecho. Adicionalmente, y tal y como se argumentó en la Resolución recurrida, incorpora los incentivos adecuados a la eficiencia del gestor aeroportuario al permitir a Aena obtener el superávit tarifario que genere durante el ejercicio como consecuencia de, por una parte, las mejoras que pueda introducir en la gestión de los servicios aeroportuarios (reducción de costes) y por otra, por el incremento en el volumen de ingresos regulados como consecuencia de un tráfico real en el periodo regulatorio muy superior al estimado. Por tanto, esto implica, al contrario de lo alegado por AENA y por el perito que el riesgo, en este caso, más bien ventura teniendo en cuenta los superávits tarifarios mostrados anteriormente, sigue siendo del gestor aeroportuario".

"En cuanto a la coherencia de la interpretación de la demandante con el nuevo marco establecido por la Ley 18/2014, se señala que la Resolución recurrida se dicta en el marco del régimen transitorio por lo que no tiene sentido traer a colación aquí los artículos 32 a 34 de la Ley 18/2014 . En cualquier caso, ya que lo menciona la demandante, se debe subrayar que el Consejo de Ministros que aprobó el vigente DORA no tomó en cuenta, al realizar las estimaciones en el cálculo de tarifas para el primer periodo DORA ningún déficit que pudiera derivarse de los años anteriores a 2017, desestimando así las previsiones de déficit prospectivo que aquí se reclaman y que AENA había incorporado en su propuesta de DORA".

Finalmente ["IV. En cuanto a los fundamentos jurídicos"], sin perjuicio de lo expresado en el apartado II del propio escrito de conclusiones, dio por reproducidos los fundamentos jurídicos de su contestación a la demanda, por considerar que no habían sido desvirtuados de contrario.

#### **CUARTO : Oposición de las entidades codemandadas al recurso contencioso-administrativo.**

1.- La representación procesal de " **RYANAIR, D. A. C.** " plantea la **inadmisibilidad del recurso jurisdiccional** , por haberse interpuesto contra actividad no susceptible de impugnación [ arts. 25 y 69 c) LJCA ], al no tener



carácter decisorio el acuerdo de la CNMC de 23 de julio de 2015, y dado el alcance de la STS (Sala de lo Contencioso- Administrativo, Sección 3ª) nº1082/2017, dictada respecto del Auto de esta Sala y Sección de 29 de julio de 2015, recaído en el recurso contencioso-administrativo nº 318/2015. En el trámite de conclusiones, apuntó que "...ni siquiera esta intervención final de la CNMC era susceptible de impugnación en vía contencioso-administrativa, puesto que consistió en realidad [en] una propuesta (de modificación tarifaria revisada), libremente aceptable o rechazable por el legislador".

Alternativamente, plantea la **desestimación del recurso jurisdiccional**, oponiéndose a los hechos vertidos en la demanda, por las razones expresadas en su contestación por la Abogacía del Estado, y aduciendo sustancialmente en los respectivos trámites de contestación y conclusiones:

-Que la CNMC era competente para dictar el acuerdo recurrido, por las razones expresadas en los apartados 6.1, 6.2 y 6.3 de su contestación a la demanda

-Que el modelo de imputación de costes previsto en el acuerdo recurrido es económicamente consistente. Los criterios económicos expresados por la CNMC en el Acuerdo de 23.7.2015 eran conformes con el art. 92 de la Ley de Seguridad Aérea, rectamente interpretado con lo dispuesto por la *Exposición de Motivos de la Ley 18/2014*, según el cual la determinación del ingreso máximo anual por pasajero debería basarse en la "recuperación de costes eficientes". Y la metodología de imputación de costes plasmada en el acuerdo recurrido de la CNMC, ni era susceptible de generar una doble contabilización, ni se separaba del modelo de doble caja establecido en la *Ley 18/2014*, el cual resultaba de "aplicación gradual" hasta el presente ejercicio 2018.

-Que AENA se ha venido aquietando al criterio de la CNMC en la actualización de tarifas aeroportuarias de ejercicios posteriores al 2016.

-Que se encuentra acreditada la procedencia de practicar un ajuste por déficit sobre "déficit real" y no "prospectivo".

-Que los criterios mantenidos en el acuerdo recurrido eran conformes con otros acuerdos previos de la CNMC [Resolución de la CNMC de 11 de septiembre de 2014].

-Que con la práctica de la prueba obrante en los Autos han quedado completa y absolutamente acreditados los motivos por los que cabe inadmitir, o en su defecto desestimar, el recurso contencioso-administrativo interpuesto de contrario, citando al respecto los documentos núm. 1, 2 y 3, adjuntados con la contestación a la demanda, el documento nº 3 de la demanda y el expediente administrativo.

2.- La representación procesal de " **ASOCIACION DE LINEAS AEREAS** " se opone al recurso jurisdiccional.

Así, respecto del **primer motivo de impugnación planteado en la demanda**, insiste la referida parte codemandada en que todas las cuestiones relativas al acuerdo de 23 de abril de 2015 tendrán que ser resueltas en el recurso contencioso-administrativo interpuesto frente al mismo y que, por ende, el criterio del órgano supervisor, sobre la separación de costes expuestos en la resolución impugnada, no puede ser doblemente enjuiciado en el presente recurso jurisdiccional. Por lo que únicamente centra su oposición, en este punto, en la alegada falta de competencia de la CNMC, para rebatir dicho alegato de la demanda, señalando que "...la tarea supervisora de la CNMC abarca, no solo el cumplimiento de la fórmula a partir de los datos aportados por AENA, 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, pues esa labor del órgano supervisor estaba destinada a verificar el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 92.2. de la L.S.A. "

Y respecto del **segundo motivo de impugnación planteado en la demanda**, relativamente al método de cálculo del déficit de AENA, dice la codemandada que: "Tratar de ver la existencia de un déficit acumulado de 753,3 millones, como sostiene la recurrente, en base a considerar el criterio prospectivo y no el real, es sencillamente un ingenioso artificio legal de ésta, para justificar la existencia de algo que, en la realidad, no ha existido".

3.- La representación procesal de " **INTERNATIONAL AIR TRANSPORT ASSOCIATION - IATA** " opone, con carácter principal, la **inadmisibilidad** del recurso jurisdiccional, por considerar que la Resolución de la CNMC de julio de 2015, al igual que las resoluciones de abril y junio, no constituyen actos susceptibles de recurso [art. 25 LJCA], porque no es la CNMC quien adopta la decisión final sino el Parlamento en la Ley de Presupuestos.

Con carácter subsidiario, propugna la **desestimación** del recurso jurisdiccional. Para lo cual, se opone al primer motivo de impugnación en que se basa la demanda, en el que se cuestiona la decisión sobre la separación de separación de costes de AENA adoptada por la CNMC y su falta de competencia para ello, por incidir cuyo motivo de impugnación sobre el Acuerdo de la CNMC de 23 de abril de 2015, que no es objeto de impugnación en el presente recurso jurisdiccional, y propugnando, en consecuencia, la inadmisión de la prueba pericial en que se basa la demanda, sobre los criterios de separación de costes aplicados por la CNMC. Y en cualquier



caso, la codemandada defiende la competencia de AENA para adoptar tanto el Acuerdo de 23 de abril como la Resolución de 23 de julio de 2015; y respecto a las supuestas premisas erróneas de las que habría partido la CNMC, en cuanto al cálculo de los costes de AENA, IATA se adhiere a lo expuesto por el Abogado del Estado en las páginas 33 y siguientes de su escrito de contestación.

Se opone también la codemandada a los motivos de la demanda relativos al cálculo del déficit recuperable, poniendo de manifiesto: 1) Que AENA no recurrió la Resolución de la CNMC de 11 de septiembre de 2014, que constituye el fundamento de la Resolución recurrida en el presente recurso en relación con las conclusiones relativas a la inexistencia de déficit recuperable para 2014. 2) Que la decisión de la CNMC sobre el cálculo del déficit recuperable en la Resolución recurrida no ha tenido ningún impacto negativo en las cuentas de AENA ni en sus resultados económicos. 3) Que resulta de aplicación la jurisprudencia citada según la cual la Administración goza de un amplio grado de discrecionalidad a la hora de aplicar criterios técnicos. 4) Que el principio de riesgo y ventura, y el principio de eficiencia, invocados en la demanda no parece que sean propios y específicos del marco tarifario, mientras que el art. 92.2.c) de la LSA se refiere al déficit producido como consecuencia del incremento real que llegara a aplicarse. 5) Que el principio de irretroactividad de disposiciones sancionadoras no resulta de aplicación en este caso porque la CNMC no está ejerciendo una potestad sancionadora, sino que actúa únicamente como órgano supervisor y árbitro del sector para actualizar las tarifas aeroportuarias.

4.- La representación procesal de " **ASOCIACION DE COMPAÑÍAS ESPAÑOLAS DE TRANSPORTE AEREO - ACETA** " muestra su adhesión a la contestación a la demanda de la Abogacía del Estado, remitiéndose al expediente administrativo y a la resolución recurrida. Tras hacer referencia a la regulación legal del proceso de actualización tarifaria, opone que las alegaciones formales formuladas por AENA han de decaer, pues la CNMC era competente la supervisar el procedimiento, incluyendo la revisión de la aplicación de criterios económicos previstos en el artículo 92 de la Ley de Seguridad Aérea

Sobre el método de cálculo de los costes, se remite a lo alegado en los recursos contencioso-administrativos nº 237 y 318/2015, por considerar que no constituye una cuestión que no corresponde al ámbito del presente recurso jurisdiccional. Y en cualquier caso, considera que tanto la Resolución de la CNMC de 23 de abril de 2015, como la propia Resolución CNMC aquí recurrida, contienen suficiente fundamentación relativa al criterio de la CNMC, respecto al método de cálculo, que debe entenderse ajustado a la legalidad, en especial al tratamiento que los ingresos comerciales de AENA deben tener.

Y sobre el método de cálculo del déficit de AENA, se adhiere a lo señalado en la contestación de la Abogacía del Estado, compartiendo la fundamentación de la CNMC, ya desde su Resolución de 11 de septiembre de 2014, en el sentido en el que el déficit no puede ser sino el real, en función del propio tenor literal del art. 92.2 c) de la LSA .

**QUINTO : Sobra la causa de inadmisibilidad del recurso jurisdiccional alegada en el trámite de contestación a la demanda.**

Como queda dicho, algunas de las partes codemandadas alegan la inadmisibilidad del presente recurso jurisdiccional, por recaer sobre una resolución que no es susceptible de impugnación.

Al respecto, no cabe sino reiterar respecto del presente recurso jurisdiccional las consideraciones hechas por esta Sala y Sección, en **sentencia de 03 de junio** próximo pasado [fundamento jurídico quinto], para rechazar la inadmisibilidad del **recurso contencioso-administrativo núm. 318/2015** , interpuesto por AENA frente a los Acuerdos de la CNMC de 23 de abril y 30 de junio de 2015, a saber:

"Planteada la inadmisibilidad del recurso por las codemandadas ACETA, IATA y RYANAIR, hemos de comenzar abordando la tal cuestión. Si bien, tenemos que partir necesariamente del pronunciamiento realizado al respecto por la Sala Tercera del Tribunal Supremo en sentencias de 19/12/2016 y 19/06/2017 , al resolver los recursos de casación interpuesto por TCI LUXEMBOURG S.A.R.L. y por AENA, respectivamente, contra los autos de esta Sala y Sección, de 29 de julio de 2015 , confirmados en reposición por autos de 10 de noviembre de 2015 , en los que se acordaba inadmitir el presente recurso y el recurso 237/2005" ..

"Este tribunal, coincidiendo con el criterio de la Abogacía del Estado y de las codemandadas, entendió que el acuerdo de 23 de abril de 2015, objeto del recurso, se dictó por la CNMC en ejercicio de la función que, en materia de tarifas aeroportuarias, le atribuye el artículo 10 de la Ley 3/2013, de 4 junio , de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, que se concreta en "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), 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, y declarar la inaplicación de las modificaciones



tarifarias establecidas por la entidad gestora del aeropuerto cuando las modificaciones tarifarias se hayan realizado incumpliendo lo previsto en dicha norma". Y que, a diferencia de lo establecido en el apartado siguiente (3) del mismo artículo, en el que se atribuye la facultad de "dictar resoluciones vinculantes...", en el apartado 2 no se prevé que la Comisión, en su labor de supervisión, dicte resolución vinculante que condicione la determinación de las tarifas aeroportuarias, a realizar en la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado".

"Sin embargo, el TS se pronunció en el siguiente sentido: "... 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 un 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". La cuestión ha quedado, pues, resuelta en cuanto a la admisibilidad del recurso. Si bien tal pronunciamiento no puede condicionar el enjuiciamiento de las cuestiones de fondo planteadas (...)"

Y en la misma línea, esta Sala y Sección ha rechazado en sentencia de 05 de junio pasado [fundamento jurídico décimo] la causa de inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo núm. 237/2015, interpuesto por TCI LOUXEMBOURG SARL frente a los Acuerdos de la CNMC de 23 de abril y 30 de junio de 2015, ya mencionados, en función de lo resuelto por el TS, Sala Tercera, en sentencias de 19 de junio de 2016 y 19 de junio de 2017 . Y ha rechazado también en sentencia de la misma fecha, 05 de junio pasado [fundamento jurídico séptimo] la causa de inadmisibilidad del **recurso contencioso-administrativo núm. 427/2015** , interpuesto por TCI LOUXEMBOURG SARL frente a la Resolución de la CNMC de 23 de julio de 2015, haciendo las siguientes consideraciones:

" (...) Si bien en relación con otros actos administrativos, 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, relacionado con el que es objeto de este recurso, la Sala llegó a una solución en esta línea en sus autos de 29 de julio de 2015 y 10 de noviembre de 2015 " .

"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 un 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 la resolución 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": "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 " .

#### **SEXTO: Sobre el primer motivo de impugnación relativo a la separación de costes**

1.- A través del primer motivo de la demanda, se exponen en la misma las razones que la entidad demandante considera determinantes de la **anulabilidad del primer punto controvertido** de la Resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC de 23 de julio de 2015, **el relativo a la imputación de los costes de la terminal** .



Dos son las razones esgrimidas, a saber:

1.1.- **La falta de competencia de la CNMC para imponer el criterio de contabilización de costes de la terminal que ha aplicado** . Pues, para la demandante, la CNMC carece de competencia para imponer un criterio de separación de costes no previsto en la norma, y se ha extralimitado en el ejercicio de las competencias legalmente previstas para su función supervisora, en el seno del procedimiento administrativo de modificación de tarifas. Al respecto, considera, en definitiva, la parte demandante que:

"...en los preceptos que regulan las potestades de la CNMC ,no se recoge la facultad de supervisar la contabilización que AENA ha efectuado de los costes vinculados a los campos de vuelo en aplicación del criterio de doble caja. Tal ejercicio de supervisión y corrección de la contabilidad del gestor aeroportuario no puede ejercerse por la CNMC ni, directamente, en el seno del procedimiento supervisión ni, mucho menos, indirectamente, a través de la publicación de "instrucciones" con vocación de obligar (esto es, disposiciones generales), con la finalidad de completar y desarrollar los preceptos de la LSA y la Ley 18/2014. En consecuencia, la Resolución impugnada debe ser declarada contraria a Derecho por carecer la CNMC de competencia para dictar y aplicar criterios de corrección del modelo de imputación de costes del gestor aeroportuario".

1.2.- **La ilegalidad intrínseca, de fondo, del criterio de imputación de costes de la terminal** , establecido por la CNMC en su Acuerdo de 23 de abril de 2015 y aplicado por la misma en su Resolución de 23 de julio siguiente. Pues, para la demandante, el criterio de contabilización que pretende imponer la CNMC a AENA, basado en el número de pasajeros gestionados, a) no tiene sustento en la Ley 21/2003 ni en la Ley 28/2014; b) parte de una serie de premisas erróneas, según el informe pericial adjuntado con la demanda [Doc. nº 4]; c) se basa en una serie de supuestos arbitrarios y no contrastados, también según el informe pericial anotado, que podrían estar generando una doble contabilización de costes; y d) se separa abiertamente del modelo de doble caja (puro) establecido en la Ley 21/2003 [art. 92 ], para aplicar un modelo de caja híbrido, conforme al repetido informe pericial, por cuanto "...se establece una correspondencia entre los ingresos comerciales y los costes imputados a los servicios regulados" [pág. 32, ídem]. Razones por las cuales, la demanda rechaza el criterio de contabilización propuesto por la CNMC, por considerar que es producto de una decisión arbitraria de aquella, y que es menos objetivo, transparente y supervisable que el criterio empleado por AENA, basado en la distribución por metros cuadrados, que asigna a las zonas comerciales el coste de zonas vinculadas con ellas directamente.

2.- Sin embargo, **el motivo de impugnación así planteado, carece de fundamento . Por las razones expuestas por esta Sala y Sección en sentencia de 05 de junio de 2019, al resolver el recurso jurisdiccional nº 318/15** interpuesto, precisamente, por AENA, frente al Acuerdo 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, S.A. (Expediente PS/DTSP/001/15), así como frente al Acuerdo de la CNMC de 30 de junio de 2015, por el que se adopta el acuerdo que aprueba comunicar AENA, S.A. las modificaciones que debe incorporar a la propuesta de Prestaciones Patrimoniales para el ejercicio 2016 y se le concede un plazo para subsanar las deficiencias detectadas durante el procedimiento de consulta (Expediente STP/DTSP/004/15). Recurso jurisdiccional, el mencionado, **en cuya demanda ya se plantearon las cuestiones litigiosas aquí examinadas** , y que la Sala resolvió, haciendo las consideraciones que seguidamente se reproducirán, en lo sustancial, en cuanto que por unidad de doctrina y atendiendo a los principios de seguridad jurídica y de igualdad en la aplicación de la ley, tales consideraciones vienen en aplicación al presente recurso jurisdiccional.

2.1.- Así, en el **fundamento jurídico sexto de la sentencia anotada** , tras poner de manifiesto que los Acuerdos impugnados en el indicado recurso jurisdiccional, se dictaron al amparo del art. 10 de la Ley 3/2013 , de creación de la CNMC, y que para la adecuada interpretación de la normativa de aplicación conviene tomar en consideración el apartado IV del preámbulo de la Ley 18/2014, se dice que los arts. 23 y siguientes de la citada Ley regulan el Documento de Regulación Aeroportuaria [DORA] y el procedimiento de su elaboración y modificación, mientras que el art. 31 atribuye la supervisión del cumplimiento y el seguimiento del DORA a la AESA, en el ámbito de sus competencias. Dicho lo cual, en el mentado fundamento jurídico la Sala agrega que:

"De los anteriores preceptos podemos concluir que queda claramente configurada la intervención de la CNMC, como órgano informante y supervisor en el procedimiento de elaboración y aprobación del DORA. Sin embargo, los actos administrativos que aquí se impugnan se sitúan en un estadio temporal anterior, en el denominado **periodo pre-DORA** . Pues bien, **de este periodo se ocupa la Disposición transitoria cuarta** de la citada Ley 18/2014 , que establece las "Normas transitorias en relación con las tarifas hasta la aplicación del primer Documento de Regulación Aeroportuaria (DORA)", en los siguientes términos (...) Resulta evidente que para este periodo transitorio la ley otorga a la CNMC, en el procedimiento de actualización de las tarifas, más competencias y una función notablemente más relevante que la establecida en el procedimiento de aprobación del DORA. No solo le corresponde a la Comisión la función de supervisar que la actualización de las tarifas



se ha realizado con sujeción al procedimiento de consulta previsto en el artículo 98 de la LSA, también se le atribuye la función de 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, y si responde a los criterios de no discriminación, objetividad y transparencia y si garantiza la sostenibilidad de la red. Le corresponde decidir sobre la admisión o inadmisión de la propuesta de modificación o actualización de las prestaciones patrimoniales públicas y, en caso de inadmisión y no atención por parte del gestor aeroportuario del requerimiento de subsanación de las deficiencias detectadas, le corresponde la tarea de remitir su propuesta de modificación tarifaria al órgano competente, para su incorporación al anteproyecto de ley que corresponda; en el caso de admisión, le compete la labor de remitir las propuestas del gestor aeroportuario. Asimismo, corresponde a la CNMC comunicar 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 la Ley 21/2003 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. Y así 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".

2.2.- En el **fundamento jurídico séptimo** de la sentencia anotada, después de hacer referencia a lo establecido en el art. 53 y en la Disposición final quinta de la Ley 18/2014, se hace una reseña de la regulación que sobre la actualización y modificación de las prestaciones patrimoniales de carácter público establecía la Ley 21/2003, modificada por la Ley 1/2011, en sus arts. 92, 98 y 100.

2.3.- En el siguiente **fundamento jurídico octavo** se reproduce parcialmente la Resolución de la CNMC de 11 de septiembre de 2014, por la que se aprueba la propuesta de modificación tarifaria de AENA SA para 2015 y se establecen las medidas a adoptar en futuros procedimientos de consulta, para poner de manifiesto que:

"Por tanto, de lo anterior se infiere que el **sistema de doble caja** no es una novedad del acuerdo de 23 de abril de 2015, ni supone una actuación arbitraria de la CNMC. Pues ya venía impuesto por la Resolución de 11 de septiembre de 2014 que, como hemos dicho, no consta que fuese recurrida por AENA, y por la normativa en ella aplicada. Por otra parte, en cuanto a la falta de **competencia** de la Comisión para establecer el criterio de separación de costes y a la ausencia de cobertura legal de tal criterio, que se denuncia en la demanda, hemos de citar la **Disposición transitoria séptima de la Ley 18/2014** "Régimen de aplicación gradual de la caja doble desde el inicio de 2015 hasta fin de 2018": "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.- 60% 2016.- 40% (...) 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." "

2.4.- Y en los **fundamentos jurídicos noveno a undécimo**, de la sentencia de 05 de junio pasado, la Sala terminó haciendo las siguientes consideraciones:

"Pues bien, consta en el expediente que, con fecha 17 de diciembre de 2014, la CNMC abrió un periodo de consulta pública relativa a la propuesta de ajuste de los costes imputables a las actividades comerciales de los aeropuertos de AENA, S.A., actuación coherente con lo establecido en la citada Resolución de septiembre de 2014, en cuanto a la necesidad de alcanzar una 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. Así pues, no se está inventando la Comisión un procedimiento nuevo al abrir ese periodo de consultas, que culminó en el Acuerdo de abril de 2015, como afirma AENA (...) **Paralelamente a este periodo de consulta de la CNMC, en enero de 2015, AENA inició el procedimiento de consultas para la propuesta de modificación tarifaria del año 2016**, enviando determinada información a los participantes en el procedimiento y a la CNMC; información ampliada



el 13 de febrero de 2015. Con fecha 20 de abril de 2015, la CNMC notificó a AENA un nuevo requerimiento de información en el que se solicitaban aclaraciones en relación con el documento aportado el 13 de febrero de 2015. Este requerimiento fue cumplimentado el 8 de mayo de 2015. Y, con fecha 29 de mayo de 2015, AENA comunica a la Comisión la finalización del proceso de consulta de las tarifas aeroportuarias, celebrado con las asociaciones de compañías aéreas representantes de los usuarios y la adopción por su Consejo de Administración, celebrado el 13 de mayo de 2015, de la propuesta de actualización de sus PPP para el año 2016, consistente en la congelación de las tarifas aeroportuarias respecto de las de 2015. La CNMC remitió, en junio de 2015, un nuevo requerimiento de información a AENA. Esta propuesta no tomaba en cuenta la Resolución de 11 de septiembre de 2014 de la CNMC ni los criterios de aplicación del artículo 92 de la Ley 21/2003 contenidos en el Acuerdo de la CNMC de 23 de abril de 2015, por lo que, mediante Acuerdo de fecha 30 de junio de 2015, la CNMC comunicó a AENA la propuesta de modificación tarifaria revisada para 2016 y le concedió un plazo de diez días para ajustar a la misma su propuesta de PPP y subsanar las deficiencias detectadas durante el procedimiento de consultas así como para, en su caso, aportar su punto de vista, en aplicación de lo dispuesto en el apartado 3 de la disposición transitoria cuarta de la Ley 18/2014. Es la **resolución de 23 de julio de 2015** la que pone fin al procedimiento de supervisión y control de las tarifas aeroportuaria, al "declarar que la propuesta de congelación tarifaria para 2016 presentada por Aena S.A. en su escrito de 29 de mayo de 2015 y la modificación de la misma incluida en su escrito de 13 de julio de 2015 no se ajusta a lo dispuesto en el apartado 2 de la disposición transitoria cuarta de la Ley 18/2014, de 15 de octubre y, en particular, a lo previsto en el artículo 92 de la Ley 21/2003, de 7 de julio de Seguridad Aérea. Aprobar la propuesta de modificación tarifaria revisada por esta Comisión correspondiente al ejercicio 2016 a los efectos de lo dispuesto en la disposición transitoria cuarta, apartado 3, párrafo quinto de la Ley 18/2014."

"En consecuencia con lo anteriormente expuesto, podemos afirmar que el Acuerdo de 23 de abril de 2015 responde a un procedimiento paralelo -un presupuesto instrumental- al procedimiento reglado en la Disposición transitoria cuarta de la citada Ley 18/2014, para el periodo pre-DORA, en aras a la transparencia y objetividad, tendente a fijar unos criterios conforme a los cuales la Comisión realizaría después sus funciones de supervisión de la propuesta de actualización tarifaria presentada por AENA, dentro de ese procedimiento reglado, establecido con carácter transitorio (...) En consecuencia, entiende el tribunal, que **no cabe acoger ninguno de los motivos de impugnación articulados en la demanda respecto del Acuerdo de la CNMC de 23 de abril de 2015**".

"El Acuerdo de 30 de junio de 2015, por el que se aprueba comunicar a AENA 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 consulta, si se ha adoptado en el marco del procedimiento establecido en la citada Disposición Transitoria Cuarta de la Ley 18/2014, concretamente, se inserta en su apartado 3. Teniendo en cuenta la secuencia procedimental ya mencionada, la parte dispositiva del Acuerdo consiste en comunicar al gestor aeroportuario, AENA, la modificación tarifaria revisada por la Comisión, concretando los cambios que la entidad debía introducir en su propuesta de actualización tarifaria, en los términos arriba consignados. Asimismo, se concede a AENA un plazo de 10 días para que presente ante la Comisión una nueva propuesta acorde con la modificación tarifaria revisada por la Comisión y subsane la deficiencia del procedimiento de consultas indicada que se indican. En este acuerdo sí se materializa un trámite del procedimiento transitorio, establecido para el periodo pre-DORA, para la modificación de las tarifas. Ahora bien, se trata de un mero trámite sin más eficacia que la prevista en la propia Disposición, por cuanto, como hemos visto, el gestor aeroportuario no venía compelido a su acatamiento (...) Es, en todo caso, la Ley de Presupuestos Generales del Estado de cada año la que puede modificar o actualizar las tarifas aeroportuarias de AENA, S.A. Correspondiendo al Ministerio de Fomento incorporar al proyecto de ley que corresponda la propuesta de la CNMC sobre la actualización o modificación de las tarifas de AENA, S.A. Esta es la situación que se ha producido en el presente caso, siendo la resolución de 23 de julio de 2015 -que no es objeto de este recurso- la que pone fin al procedimiento de supervisión, aprobando su propuesta de modificación tarifaria, para su tramitación parlamentaria, en los términos expuestos. Procede, en consecuencia, la íntegra desestimación del presente recurso".

3.- A lo expuesto cabe añadir las consideraciones hechas por esta Sala y Sección en la mencionada **sentencia de 05 de junio de 2019**, al resolver el **recurso contencioso- administrativo nº 427/2015**, en el que se impugnaba asimismo la Resolución de la CNMC de 23 de julio de 2015.

3.1.- Pues en el fundamento jurídico undécimo de cuya sentencia se rechaza la falta de **competencia de la CNMC**, haciendo las siguientes precisiones:

"En el fundamento sexto de la demanda, pag. 25 se alega la ausencia de competencia de la CNMC para dictar la resolución impugnada, por cuanto sus contenidos exceden manifiestamente los propios de la función de supervisión que le encomiendan las leyes. Su competencia sería exclusivamente formal, pero carecería de ella



en relación con el contenido que pretende darle. La propia resolución impugnada recoge el fundamento de su competencia:

*"La CNMC es competente para realizar la supervisión y el control de la propuesta de actualización tarifaria para 2016 presentada por Aena en virtud de lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley 3/2013, en particular en sus apartados 2 y 7, y por aplicación de la disposición transitoria cuarta de la Ley 18/2014, de 15 de octubre, de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia (en adelante Ley 18/2014) que, en su apartado 3, establece el marco de dicha supervisión hasta la aplicación del Documento de Regulación Aeroportuaria (DORA).*

*En el ejercicio de esta función de supervisión, en el plazo de 4 meses desde la presentación de la propuesta de actualización tarifaria de Aena, la CNMC deberá dictar un Acuerdo sobre la modificación tarifaria trasladándolo a las partes del procedimiento de consulta y al órgano competente para su incorporación, en sus estrictos términos, al anteproyecto de Ley que corresponda para la aprobación de los Presupuestos Generales del Estado. Dicho Acuerdo podrá consistir en la admisión de la propuesta del gestor aeroportuario o en la presentación de una propuesta alternativa tras haber dado un plazo a Aena para subsanar y/o adecuar su propuesta original a los criterios indicados por la CNMC. Conforme a lo dispuesto en el apartado 3 de la disposición transitoria cuarta de la Ley 18/2014, el contenido de la supervisión de la CNMC consiste en la verificación de que la propuesta de actualización de las PPP para 2016 se ha realizado con sujeción al procedimiento de consultas previsto en el artículo 98 de la LSA. Asimismo, la CNMC debe supervisar que la propuesta de actualización tarifaria cumple con lo dispuesto en el artículo 92 de la LSA, aplicando los límites de incremento máximo de cuantías de las tarifas aeroportuarias establecidos en la disposición transitoria sexta apartado 1. Finalmente, la CNMC deberá comprobar, de oficio, 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, transparencia y si garantiza la sostenibilidad de la red."*

*La disposición transitoria cuarta de la Ley 18/2014 recoge las normas transitorias en relación con las tarifas hasta la aplicación del primer DORA. En su apartado 3 establece:*

*"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.*

*..."*

*La referencia del art. 98 de la ley 21/2003 lleva a su vez al art. 92 de la Ley de Seguridad Aérea. Este precepto atribuye a la CNMC la potestad de verificación de los datos aportados por AENA y de que comprobar que la propuesta de actualización tarifaria se ha realizado en cumplimiento de las previsiones legales de referencia.*

*Continuando con el tenor de la D.A. cuarta citada, "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."

No cabe duda en consecuencia, sobre la **competencia de la CNMC** para dictar el acto administrativo impugnado".

3.2- Y en el **fundamento jurídico noveno** de la referida sentencia se hacen sobre el fondo de la cuestión de que se trata las siguientes consideraciones, también de aplicación al recurso jurisdiccional aquí enjuiciado:

"...es preciso recordar, como lo hace la resolución impugnada, que AENA realiza una propuesta tarifaria para 2016 de congelación de tarifas. Esta propuesta se realiza ignorando: 1-. la resolución de la CNMC de 11 de septiembre de 2014 relativa a la información que debía aportarse en el procedimiento de consulta; 2-. la aplicación de los datos de déficit producido a efectos de su capitalización y acumulación; 3-. los criterios de aplicación del artículo 92 de la Ley 21/2003 contenidos en el mencionado Acuerdo de la CNMC de 23 de abril de 2015, y mediante Acuerdo de fecha 30 de junio de 2015.

Como consecuencia, la CNMC comunicó a Aena la propuesta de modificación tarifaria revisada para 2016 y le concedió un plazo de diez días para ajustar a la misma su propuesta de PPP y subsanar las deficiencias detectadas durante el procedimiento de consultas así como para, en su caso, aportar su punto de vista, en aplicación de lo dispuesto en el apartado 3 de la disposición transitoria cuarta de la Ley 18/2014. Adicionalmente se requirió a Aena la justificación de los ingresos comerciales incluidos en la fórmula de actualización así como del crecimiento de tráfico esperado para 2015.

La actuación administrativa se enmarca en las previsiones de la **Disposición Transitoria Cuarta de la ley 18/2014**, siendo el último ejercicio de supervisión de las tarifas aeroportuarias anterior a la entrada en vigor del DORA. En este marco PRE-DORA la CNMC comprueba la correlación entre los ingresos y los costes medios por pasajero de los servicios correspondientes a cada una de las PPP en el conjunto de la red de Aena, a partir de los datos de la contabilidad analítica del ejercicio 2014, y señala que para dar cumplimiento al art. 32.4 de la ley 18/2014 Aena deberá ajustar cada una de las PPP para compensar mediante los ingresos obtenidos por las tasas, los costes incurridos en la prestación de cada una de ellas.

Estando, como se ha indicado, en periodo PRE-DORA, la actualización de las tarifas debe llevarse a cabo según lo dispuesto en la **D.T.4ª de la ley 18/2014** que establece las "Normas transitorias en relación con las tarifas hasta la aplicación del primer Documento de Regulación Aeroportuaria (DORA)" y en concreto señala:

"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. 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.

.....  
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.":

Y el citado art. 92 recoge una fórmula de actualización tarifaria predefinida, que permite la actualización anual de las cuantías de las tarifas unitarias correspondientes a las prestaciones patrimoniales públicas que percibía Aena por la prestación de los servicios aeroportuarios.

La divergencia se encuentra, en parte, en la definición de los elementos de esta fórmula: hay que partir de la base de que el precepto regula todos los conceptos, incluso define cada uno de los epígrafes componentes de



la fórmula. Como recuerda el Abogado del Estado, basta con leer el precepto para comprobar las dificultades inherentes a estos cálculos. Y no basta, como resulta de la tesis actora, con tomar en consideración el número de metros cuadrados que ocupa cada actividad en un espacio compartido para determinar los costes comunes a las actividades reguladas y comerciales.

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 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.

Se alega la "inconsistencia técnica" de los criterios utilizados por la CNMC para fijar un coeficiente que concrete la relación entre los ingresos comerciales y el número de pasajeros. Se aporta un informe pericial elaborado a instancias de la recurrente por Argon Consultores, en febrero de 2017, el cual tiene la misión fundamental de establecer el "daño patrimonial" causado en AENA como consecuencia del modo en que la CNMC ha calculado las tarifas aeroportuarias correspondientes al año 2016, y "el déficit de tarifa generado como consecuencia de la aprobación de dichas tarifas". El informe resume las diferencias de criterio entre las partes: "(i) los criterios de imputación de costes, defendiendo por la CNMC un criterio diferente al planteado por AENA en su propuesta, y (ii) la estimación del Déficit de AENA, cuyo cálculo se realiza por ésta con el criterio ex- ante (déficit predictivo) mientras que la CNMC los realiza con el criterio ex-post (déficit real)." El punto de partida es una afirmación inicialmente apodíctica, que luego se trata de fundamentar: todo esto que la CNMC no ha hecho bien le ha causado daño a AENA y en consecuencia a su accionista mayoritario, la ahora recurrente. Tras realizar diversas consideraciones, el informe señala que la fórmula del art. 92 ley 21/2003 implica que el cálculo de las tarifas litigiosas lleva implícito el ajuste por déficit en cada año, que la consideración del déficit es prospectivo, al igual que tiene carácter prospectivo el criterio de "recuperación de costes". Continúa señalando como debe hacerse la fijación de las Tarifas, y como debe realizarse la estimación del eventual déficit de Aena. El informe está conforme con un dato fundamental: hay una relación entre el número de viajeros y el ingreso comercial, esto al perito le parece "evidente". En lo que disiente, en una inversión de la carga de la prueba carente de todo fundamento legal, es en el hecho de que la CNMC "no aporta datos que evidencien que los sobrecostes de las actividades comerciales vayan más allá de la superficie que ocupan" (pag. 17 in fine).

La lectura del acto administrativo impugnado, permite comprobar como la CNMC ha analizado la propuesta de Aena, y los problemas detectados, aplicando los criterios del acuerdo de 23 de abril a las actividades aeroportuarias. Entonces la CNMC expuso que los referidos criterios se consideraron necesarios para una adecuada separación de los costes que comparten las actividades aeroportuarias y comerciales de forma que no se incluyeran, en el cálculo de las PPP, costes vinculados a la prestación actividades. Esto supuso un cambio en el reparto de costes entre las actividades aeroportuarias y comerciales, reduciendo el coste de las primeras en 69,8 millones de euros y, como consecuencia, incrementando el de las actividades comerciales en la misma cantidad. Se reduce el coste total de las PPP a recuperar por las tarifas aeroportuarias.

Frente a la propuesta de congelación de AENA la CNMC recuerda que hay un nuevo marco regulatorio y que determinados parámetros deben modificarse. En la **sentencia dictada el pasado día 3 de junio en el recurso 237/2015** la Sala analizó la justificación de las conclusiones alcanzadas en la decisión de 23 de abril, señalando:

"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."

La Sala, en resumen, considera fundada y razonada la conclusión alcanzada por la CNMC en relación con la inconsistencia de la pretensión de AENA según la cual se imputan costes de construcción del aeropuerto a prestaciones públicas sobre la base, exclusivamente, del número de metros cuadrados ocupados por cada tipo de prestación, pública o comercial.

En relación con la valoración de la prueba pericial el artículo 348 de la Ley de Enjuicio Civil, tras la reforma operada por la Ley 1/2000, que coincide en lo esencial con el antiguo artículo 632 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, establece que "el Tribunal valorará los dictámenes periciales según las reglas de la sana crítica", lo que no significa sino que la prueba pericial no es una prueba tasada, sino de libre apreciación por el Tribunal según las reglas de la sana crítica ( STS de 5 de junio de 1991 ).

Es decir: la valoración de la prueba, incluida la pericial, corresponde al Juzgador y esta prueba no es única o privilegiada, sino que debe valorarse en el conjunto de los elementos indiciarios o probatorios obrantes en los autos. El Tribunal Supremo, (sentencias de 26 de marzo y 9 de mayo de 1994 entre otras) ha señalado que la discrepancia, cuando se trata de valorar, suele derivar del método utilizado y del marcado carácter de "arte" que la técnica pericial tiene. De aquí la versatilidad de este medio probatorio y la consiguiente cautela que los Tribunales deben tener en su apreciación.

Al tiempo, el Alto Tribunal, ha señalado igualmente que el resultado de la prueba pericial no vincula a los Tribunales jurisdiccionales, pues actúan con plenitud de jurisdicción, aceptándola o rechazándola según las razones que expongan, toda vez que la valoración de la prueba ha de hacerse considerando en su conjunto todos los resultados producidos por los diferentes medios probatorios, sin olvidar que cualquiera que sea el valor preferente que a alguna de las practicadas deba atribuirse, este criterio no puede nunca llegar al extremo de que baste su individual contemplación como provistas de fuerza vinculante para el órgano decisorio, por estar éste dotado de facultades de apreciación; y, mas singularmente, como la Sentencia de 15 de julio de 1991 subraya, que lo esencial en los dictámenes periciales no son las conclusiones, sino la línea argumental que a ellas conduce, dado que la fundamentación es la que proporciona fuerza convincente al informe. Abundando en estas consideraciones, las sentencias del Tribunal Supremo de 26-III- 94, 10-VII-93 y 9-V-94 han insistido en que "La discrepancia, cuando se trata de valorar, suele derivar del método utilizado y del marcado carácter de "arte" que la técnica pericial tiene. De aquí la versatilidad de la prueba pericial y la consiguiente cautela que el Tribunal ha de tener en su apreciación, lo que justifica el empleo de reglas o principios de lógica o de sana crítica, que permitan con razonable seguridad, conocer la verdad, para decidir en consecuencia. "

En este caso, los fundamentos fácticos tomados en consideración por el informe se apartan de lo establecido al efecto en la ley de Seguridad Aerea para el periodo relevante, no apreciándose ni la denunciada falta de justificación de los parámetros utilizados por la CNMC ni error ni irrazonabilidad, incluyendo la Administración



en el anterior acuerdo de 23 de abril cuantos elementos justifican la decisión, tanto en el propio acuerdo como en los anexos".

**SÉPTIMO: Sobre el segundo motivo de impugnación relativo al déficit a compensar.**

1.- En sus conclusiones, la Resolución de 23 de julio de 2015 vino a poner de manifiesto que:

"Esta Comisión ha constatado, sobre la base de los datos reales, que Aena no incurrió en déficit alguno en 2014 teniendo derecho a recuperar, capitalizado, en ejercicios posteriores el déficit establecido en la Resolución de la CNMC del pasado 11 de septiembre de 2014 y que ascendía a 179,3 millones de euros que una vez capitalizados suponen 199,2 millones de euros".

Y al respecto, en su parte dispositiva, Tercero, la Resolución anotada procedió a:

"Declarar que, a efectos de lo previsto en el artículo 92 apartado 2, letra c, Aena **compensará íntegramente en el ejercicio 2016, el déficit correspondiente al ejercicio 2013**, que, capitalizado, ascendía a 199,2 millones de euros".

2.- Con ello, se dice en la **demanda**, la Resolución anotada vino a rechazar la propuesta de AENA respecto al déficit de 555,3 millones, que debía compensarse en ejercicios posteriores, limitándose a establecer que no habría déficit distinto del que se compensaría íntegramente en 2016. Planteamiento que la demanda considera erróneo, *"puesto que la necesidad de tomar en cuenta el denominado déficit prospectivo vuelve a ser una exigencia normativa que la CNMC no puede variar"*. Y en cualquier caso, considera la demanda que la determinación de la naturaleza del déficit no puede aplicarse con carácter retroactivo [ art. 57.3 LRJAP -PAC].

Y en el trámite de **conclusiones**, la parte actora reitera que es improcedente la aplicación de un criterio de déficit real, y que el modelo regulatorio español prevé el criterio prospectivo de recuperación de coste. Apoyándose en la prueba pericial practicada a su instancia, vino a alegar en dicho trámite:

"...que si el déficit de tarifa fuera observado ex post la naturaleza prospectiva del marco regulatorio desaparecería. Así, desaparecería el principio de que asunción de riesgo y ventura durante el período regulatorio se asigna al operador (...) En efecto, aceptar la naturaleza real u observable ex post, implicaría admitir que ante cualquier desviación de costes o de ingresos que no le permitiese cubrir sus costes de capital se le compensaría en forma de mayores ingresos en el futuro, lo que implicaría que el gestor aeroportuario no asumiría ningún riesgo. Ello sería contrario, además, al principio de eficiencia que, en el marco regulatorio aeroportuario español, se proyecta en la definición de un sistema de ingresos por incentivos, con la finalidad, precisamente, de estimular una gestión aeroportuaria eficiente para maximizar el beneficio (...) Y es que, de no ser así, el déficit de tarifa entraría en contradicción con el sistema tarifario de AENA. En efecto, el criterio de recuperación de costes debe ser prospectivo porque no se prevé en la legislación ningún procedimiento de ajuste ex post con base en que los ingresos reales sean distintos de los previstos en el momento de aplicación de la fórmula de actualización de las tarifas aeroportuarias. La Ley sí prevé procedimientos específicos para modificaciones ex post de las tarifas aeroportuarias aprobadas, pero no se hace referencia alguna al supuesto de ajuste en virtud de que los ingresos reales obtenidos sean distintos de los previstos en el momento de aplicar la fórmula establecida por el artículo 92 de la LSA. Esta interpretación es coherente, no solo con la mantenida por los diversos supervisores, incluida esa Comisión, durante estos últimos años, sino con la prevista por el legislador también para el periodo posterior a la entrada en vigor del DORA. Los artículos 32 a 34 de la Ley 18/2014 también establecen un criterio prospectivo de recuperación de costes por lo que no parece haber razón alguna que, para el sistema previsto para el periodo transitorio, el criterio sea distinto".

3.- Ello así, baste reproducir en este punto las consideraciones hechas por esta Sala y Sección en la **sentencia de 05 de junio pasado**, al resolver el recurso contencioso-administrativo nº 427/2015, en el que también se impugnaba la Resolución de 27 de julio de 2015. Consideraciones que, por razones de seguridad jurídica e igualdad en la aplicación de la ley, conducen a rechazar el segundo motivo de impugnación en que se basa la demanda, y que aparecen expuestas en el fundamento jurídico décimo de la sentencia reseñada, en los términos siguientes:

"La actora continúa alegando en el fundamento jurídico cuarto que se ha modificado de forma arbitraria el déficit tarifario acumulado en los ejercicios anteriores. Como la propia demanda se encarga de recordar, "En este punto, las posiciones de la empresa y de la CNMC no pueden estar más alejadas, ya que, mientras AENA estima el importe acumulado de dicho déficit (para los años 2013, 2014 y 2015) en 753,3 millones de euros, la CNMC lo fija solo en 199,2 millones de euros, exclusivamente respecto al 2013. Obviamente, la cuantía de las tarifas a aprobar podría ser inferior cuanto menor sea el importe del déficit, el cual podría comenzar a ser recuperado con antelación; o, dicho de otra manera, la fijación de un menor importe del déficit avala la procedencia de una reducción de las tarifas (que es el objetivo perseguido por la CNMC, aún por encima del marco normativo previsto). La considerable diferencia entre estas dos cifras se debe a que la CNMC estima



que el déficit a aplicar para calcular la propuesta tarifaria no debe ser el déficit estimado, prospectivo o "ex ante" (es decir, el que al comienzo de cada año se calcula se producirá a lo largo del mismo), sino el déficit real o "ex post" (esto es, el efectivamente producido al final de cada ejercicio, una vez comparadas las cifras de gasto y de ingreso reales)."

*La Sala considera plenamente justificada la opción de la Administración al tomar en consideración un dato contrastado e histórico: el déficit efectivamente producido, frente al hipotético futuro déficit que pretende la representación recurrente. En la resolución impugnada se indica como la CNMC ha constatado "sobre la base de los datos reales, que Aena no incurrió en déficit alguno en 2014 teniendo derecho a recuperar, capitalizado, en ejercicios posteriores el déficit establecido en la Resolución de la CNMC del pasado 11 de septiembre de 2014 y que ascendía a 179,3 millones de euros que una vez capitalizados suponen 199,2 millones de euros".*

*En la resolución de 11 de septiembre de 2014 por la que se aprueba la propuesta de modificación tarifaria de Aena, S.A. para 2015 y se establecen las medidas que deberán adoptarse en futuros procedimientos de consulta, ya se anunciaba que sería el déficit real aquel a tener en cuenta, lo que fue aceptado por la compañía. Se dijo entonces:*

*"En este sentido, debe destacarse que el artículo 92.2.c) de la LSA, cuando se refiere a la recuperación del posible déficit generado entre 2013 y 2018 mediante la capitalización del mismo desde el momento de su generación al de su cobro efectivo a una tasa equivalente al coste medio ponderado de capital antes de impuestos de Aena, alude a que se trata del déficit producido consecuencia del "incremento real que llegara a aplicarse". Al emplearse el término "incremento real", la norma se está refiriendo a datos reales que permitan determinar los ingresos y costes efectivos de la compañía y, por tanto, el importe real de déficit (no el estimado a partir del exceso de la fórmula sobre los máximos legales). Así pues, el déficit se "genera" de modo efectivo en el momento en que se conozca el "incremento real" de las tarifas que deberían haberse aplicado en un determinado ejercicio a la vista de los datos reales de ingresos y costes. Por ello, esta Comisión considera que, sin perjuicio de las estimaciones realizadas en ejercicios de supervisión anteriores por el CRFA, el déficit que debe recuperarse en ejercicios posteriores es el déficit real incurrido por Aena . 8.*

En el informe pericial parece vincularse la procedencia de que se tenga en cuenta el déficit prospectivo a la circunstancia de que la fijación de las tarifas "y del déficit" se realiza ex ante. El argumento no es suficiente para enervar las consideraciones transcritas del acuerdo de 2014 de la CNMC".

#### **OCTAVO: Resolución del recurso jurisdiccional. Costas procesales e indicación de recursos frente a la sentencia.**

1.- Lo hasta aquí expuesto, una vez descartada la causa de inadmisibilidad alegada en el trámite de contestación a la demanda, conduce a la **desestimación del recurso jurisdiccional** y a la correlativa **confirmación** de la resolución administrativa objeto del mismo [ art. 70.1 de la Ley Jurisdiccional ].

2.- Con imposición, a la parte demandante, de las **costas procesales** causadas en esta instancia [ art. 139.1 de la Ley Jurisdiccional ].

3.- La presente sentencia es susceptible de **recurso de casación**, que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el siguiente al de su notificación. En el escrito de preparación deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el art. 89.2 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, justificando el interés casacional objetivo que presenta [ art. 86.1, en relación con el art. 88, de la Ley Jurisdiccional, modificados por la disposición final 3.1 de la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, en vigor desde el 22 de julio de 2016].

**Vistos** los preceptos legales citados y demás normas de general y pertinente aplicación.

#### **FALLAMOS**

**PRIMERO.- Desestimamos** el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de "AENA, S. A." respecto de la **Resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, de 23 de julio de 2015**, por la que se aprueba la propuesta de modificación tarifaria para el ejercicio 2016 y se establecen las medidas que deberán adoptarse en futuros procedimientos de consulta [Expte. STP/DTSP/004/15]. Y, en consecuencia, confirmamos dicha resolución administrativa, por encontrarse ajustada a Derecho.

**SEGUNDO.-** Con imposición, a la parte demandante, de las **costas procesales** causadas en esta instancia.

**TERCERO.-** No tífquese esta Sentencia a las partes personadas, haciéndoles la indicación de que contra la misma **puede prepararse recurso de casación ante esta Sección**, mediante **escrito** en el que habrá de acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el art. 89.2 de la Ley Jurisdiccional [redacción



ex Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio], justificando el **interés casacional objetivo** que el recurso preparado presenta. Habiendo de realizarse la presentación de dicho escrito en el **plazo de 30 días**, a contar desde el siguiente al de su **no** tificación, y para ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ