



Roj: **SAN 2364/2019** - ECLI: **ES:AN:2019:2364**

Id Cendoj: **28079230082019100347**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **8**

Fecha: **03/06/2019**

Nº de Recurso: **318/2015**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **ANA ISABEL GOMEZ GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN OCTAVA

Núm. de Recurso: 0000318 / 2015

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 04070/2015

Demandante: AENA, S.A

Procurador: D^a. LUCÍA AGULLA LANZA

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

Codemandado: ASOCIACIÓN DE LÍNEAS AÉREAS, RYANAIR, LTD, ASOCIACIÓN DE COMPAÑÍAS ESPAÑOLAS DE TRANSPORTE AÉREO (ACETA), INTERNATIONAL AIR TRANSPORT ASSOCIATION-IATA

Abogado Del Estado

Ponente Ilma. Sra.: D^a. ANA ISABEL GÓMEZ GARCÍA

SENTENCIA N^o:

Ilmo. Sr. Presidente:

D. FERNANDO LUIS RUIZ PIÑEIRO

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. ERNESTO MANGAS GONZÁLEZ D. JOSÉ ALBERTO FERNÁNDEZ RODERA

D^a. ANA ISABEL GÓMEZ GARCÍA

Madrid, a tres de junio de dos mil diecinueve.

Visto el recurso contencioso administrativo nº **318/15**, interpuesto ante esta Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, por la Procuradora D^a. **Lucía Agulla Lanza**, en nombre y representación de **AENA, SA**, contra Acuerdo de la **COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA**, de fecha 23 de abril de 2015, sobre costes de las actividades aeroportuarias y comerciales de los aeropuertos de AENA, y contra el Acuerdo de la **COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA**, de fecha 30 de junio de 2015, por el que se aprueba comunicar a AENA, SA, las modificaciones que debe incorporar a la propuesta de Prestaciones Patrimoniales Públicas para el ejercicio 2016 y se le concede un plazo para subsanar deficiencias detectadas durante el procedimiento de consulta; en el que la Administración demandada ha estado dirigida y representada por el ABOGADO DEL ESTADO.



Se ha personado, como parte codemandada, la **ASOCIACIÓN DE LÍNEAS AÉREAS**, representada por la Procuradora **D^a Cristina Gramage López**; la entidad **RYANAIR, LTD**, representada por el Procurador **D. Eduardo Codes Feijoo**; la **ASOCIACIÓN DE COMPAÑÍAS ESPAÑOLAS DE TRANSPORTE AÉREO (ACETA)**, representada por la Procuradora **D^a. Ana María Araúz de Robles Villalón**; la **INTERNATIONAL AIR TRANSPORT ASSOCIATION-IATA** (Asociación del Transporte Aéreo Internacional), representada por el Procurador **D. José Luis Pinto-Marabotto Ruiz**; la entidad **EASYJET AIRLINE COMPANY LIMITED**, representada por el Procurador **D. Antonio García Martínez**, que se ha apartado del procedimiento.

Ha sido Ponente la Ilma. Sra. **D^a. ANA ISABEL GÓMEZ GARCÍA**, Magistrada de la Sección.

AN TECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: El presente recurso contencioso-administrativo se interpuso por la representación procesal de AENA, SA, contra Acuerdo de la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, de fecha 23 de abril de 2015, por el que se adoptan criterios sobre separación de los costes de las actividades aeroportuarias y comerciales de los aeropuertos de AENA, SA; ampliándose el recurso, en virtud de auto de 23 de febrero de 2018, al Acuerdo de la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, de fecha 30 de junio de 2015, por el que se aprueba comunicar a AENA, SA, las modificaciones que debe incorporar a la propuesta de Prestaciones Patrimoniales Públicas para el ejercicio 2016 y se le concede un plazo para subsanar deficiencias detectadas durante el procedimiento de consulta.

SEGUNDO: Presentado el recurso, se reclamó el expediente administrativo y se dio traslado de todo ello al actor para que formalizara la demanda, el cual expuso los hechos, invocó los fundamentos de Derecho y terminó por suplicar que, previos los tramites legales pertinentes, se dicte sentencia por la que, con expresa imposición de costas a la Administración demandada, estime el recurso y anule:

- a) la Resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia de 23 de abril de 2015, por la que se adoptan criterios sobre la separación de los costes de las actividades aeroportuarias y comerciales de los aeropuertos de AENA, S.A.; y
- b) la Resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia de 30 de junio de 2015, por la 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.

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

TERCERO: Formalizada la demanda se dio traslado al Abogado del Estado para que la contestara, el cual expuso los hechos y fundamentos de Derecho y suplicó se dicte sentencia que desestime el recurso interpuesto, confirmando íntegramente la resolución impugnada, con expresa imposición de costas a la recurrente.

CUARTO: La codemandada ASOCIACIÓN DE COMPAÑÍAS ESPAÑOLAS DE TRANSPORTE AÉREO (ACETA) contestó a la demanda, oponiéndose a ella, solicitando su desestimación, con imposición de costas a la parte demandante.

La INTERNATIONAL AIR TRANSPORT ASSOCIATION-IATA, en su escrito de contestación a la demanda, solicitó que se acuerde inadmitir el recurso. A título subsidiario, si se admitiera el recurso, solicita que se desestimen las pretensiones de la recurrente.

La entidad RYANAIR, en su escrito de contestación a la demanda, solicitó:

- 1) Con carácter principal, que se declare la inadmisibilidad del recurso contencioso administrativo interpuesto por AENA, S.A.
- 2) Con carácter subsidiario, que se desestime el recurso contencioso-administrativo interpuesto por AENA, S.A., confirmando que el acto recurrido se ajusta a Derecho.
- 3) Asimismo, en cualquier caso, imponga las costas a la parte recurrente.

La ASOCIACIÓN DE LÍNEAS AÉREAS, en el suplico de la contestación a la demanda, solicitó que se acordase la inadmisión o, subsidiariamente, la desestimación de la demanda, con imposición de las costas procesales causadas al recurrente.

QUINTO: Habiendo sido solicitado el recibimiento a prueba del procedimiento, se practicó la propuesta, con el resultado que obra en la causa, y, evacuado el trámite de conclusiones, quedaron los autos conclusos,



señalándose para votación y fallo el día 10 de abril del año en curso, en que se inició la deliberación, continuando el día 29 de mayo, en que se votó y falló.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Se dirige el presente recurso contra el Acuerdo de la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, de fecha 23 de abril de 2015, por la que se adoptan criterios sobre la separación de los costes de las actividades aeroportuarias y comerciales de los aeropuertos de AENA, S.A., y contra el Acuerdo de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, de 30 de junio de 2015, por el que se aprueba comunicar AENA, S.A., las modificaciones que debe incorporar a la propuesta de Prestaciones Patrimoniales Públicas para el ejercicio 2016 y se le concede un plazo para subsanar las deficiencias detectadas durante el procedimiento de consulta.

En el primero se **ACUERDA**:

"Adoptar los criterios contenidos en el apartado IV y tener en consideración, a partir del ejercicio de supervisión correspondiente a 2016, la metodología descrita para considerar que la propuesta de AENA se ajusta al apartado dos de la disposición transitoria cuarta de la Ley 18/2014 y, en consecuencia, al artículo 92 de la LSA ."

En el citado apartado IV "Ajuste de los costes asignados por AENA a las actividades comerciales", se expone que el driver utilizado en el reparto (metros cuadrados) no reflejaría de manera adecuada los costes de las actividades comerciales de AENA asociados a la utilización de las áreas terminales. Que se ha puesto de manifiesto la necesidad de ajustarlos, de cara a que sean tomados en cuenta en la fórmula de actualización de las tarifas aeroportuarias. Que la obligación de separación de los costes imputables a las actividades por las que AENA percibe ingresos sometidos a precios privados de los costes imputables a actividades por las que percibe ingresos que tienen la consideración de PPP deriva del artículo 92.2 de la LSA . Que en el marco de las funciones de supervisión y control de las tarifas aeroportuarias atribuidas por el artículo 10 de la Ley 3/2013 , de creación de la CNMC y, de conformidad con el apartado 3 de la disposición transitoria cuarta de la Ley 18/2014 , corresponde a la Comisión la supervisión del cumplimiento de lo previsto en dicho artículo 92 de la LSA y, por lo tanto, de la correcta separación y asignación de los costes asociados a las actividades reguladas y privadas vinculadas a las áreas terminales de AENA.

Por ello, en los siguientes apartados se analizan alternativas para estimar, de la forma más proporcionada y con menores cargas regulatorias posibles, los costes que las actividades comerciales efectivamente generan:

1. Asignación de los costes comerciales .

Tras valorar distintas alternativas y el sometimiento a consulta pública, por la Dirección de Transportes y Sector Postal, de una metodología alternativa de estimación basada en la relación existente entre el tráfico aéreo y los ingresos comerciales, habiendo manifestado la DGAC y AENA en sus respuestas a la consulta que esta aproximación carecía de un marco teórico adecuado a la vez que no se justificaba suficientemente la razonabilidad de este ajuste, se consideró necesario describir en mayor detalle el marco teórico que justifica la vinculación entre los costes aeroportuarios y comerciales a través del número de pasajeros gestionados así como la racionalidad de la metodología propuesta en el documento sometido a consulta pública.

Así, se razona sobre la importancia del tráfico en los aeropuertos para la actividad comercial, partiendo de la evidencia que demuestra la relación positiva entre los ingresos comerciales de los aeropuertos y los pasajeros que gestionan. Que la Comisión ya puso de manifiesto en el Informe E/CNMC/0002/14 el sector aeroportuario en España, que se constata que tanto aerolíneas como pasajeros, de una forma interdependiente, inciden en la situación económica del aeropuerto. Los aeropuertos con menor tráfico cuentan con una oferta comercial limitada; sin embargo, en la medida en que su tráfico se incrementa la oferta comercial se enriquece, tanto en extensión de espacios dedicados a la misma dentro de las terminales, como en su composición, con mayor diversidad de oferta de tiendas y locales de restauración. El tráfico de pasajeros que reciben los aeropuertos es el inductor principal de sus ingresos comerciales, siendo el factor que diferencia las actividades comerciales que se desarrollan en estas infraestructuras de las realizadas de otros entornos. Esto permite a los gestores aeroportuarios obtener una prima con respecto a los precios del alquiler comercial en otros ámbitos. Que el hecho diferencial entre los espacios que gestiona AENA y el resto de empresas es el volumen y la densidad potencial de clientes que pueden acceder a los servicios comerciales ofertados y que, en el caso de los aeropuertos, depende fundamentalmente del volumen y del perfil del tráfico gestionado. Por ello, la Sala de Supervisión considera que existe un marco teórico consolidado en la teoría económica que vincula ingresos comerciales y número de pasajeros gestionados, y que, de acuerdo con la teoría económica, los ingresos aeroportuarios condicionan, dado su efecto en el tráfico, los ingresos comerciales.

Sobre la aproximación de los costes comerciales a partir de la relación de los ingresos comerciales con los pasajeros comerciales, se expone que por los Servicios de la Comisión se estimaba un modelo econométrico que establecía el incremento en el ingreso medio comercial por pasajero derivado del incremento de tráfico, asimilando dicho incremento a los costes no imputados por el modelo de contabilidad de costes. Que la Sala de Supervisión Regulatoria considera que el diseño de una metodología de estimación en función de los pasajeros gestionados por AENA es apropiada, en línea con la propuesta sometida a consulta pública por los Servicios. Sin embargo, la estimación incluida en el documento de consulta asimilaba los costes no imputados a las actividades comerciales a la estimación del incremento en el ingreso medio por pasajero derivado del mayor número de pasajeros gestionados en los aeropuertos de AENA. Como se ha puesto de manifiesto por parte de AENA y la DGAC en alguna de sus alegaciones, en la medida en que el volumen total de ingresos no tiene por qué corresponderse exactamente con el nivel de costes, la Sala considera que la metodología sometida a consulta pública debe corregirse, incluyendo una aproximación a los costes en función del margen estimado de la actividad comercial.

2. Estimación de los efectos del tráfico en los aeropuertos sobre los ingresos comerciales

Se expone que el objetivo del análisis es estimar el efecto positivo que sobre el ingreso medio por pasajero derivado de las actividades comerciales tiene el tráfico de pasajeros. La variable dependiente que se pretende estimar refleja los ingresos medios comerciales por pasajero dentro de las terminales. Para este estudio se toman en consideración datos operativos y económicos de 40 aeropuertos españoles comerciales gestionados por AENA, en el periodo 2011-2013, lo que conforma un panel de 40 aeropuertos durante un periodo de 3 años, con 120 observaciones en total. Se aclara que esta especificación de la variable dependiente no pretende identificar la relación directa entre ingresos comerciales y pasajeros, que es evidente, sino el incremento en el ingreso medio comercial por pasajero que supone un incremento en el tráfico. Esto es, si el incremento del tráfico en un aeropuerto no solo incrementa los ingresos totales del gestor aeroportuario, sino que, además, incrementa el ingreso medio por pasajero, de forma que el impacto es más que proporcional. Para obtener un estimador no sesgado, es necesario que la especificación del modelo no obvie ninguna variable relevante, y por ello se cuenta con datos de las siguientes posibles variables explicativas:

"Número total de pasajeros

Número total de pasajeros comerciales

Porcentaje de pasajeros de bajo coste

Ratio de ingresos comerciales sobre ingresos totales del aeropuerto

Espacio comercial por pasajero comercial

Porcentaje de pasajeros nacionales

Porcentaje de pasajeros en vuelos directos

Número de movimientos de aeronaves

Porcentaje de espacio comercial sobre el espacio total del aeropuerto

EBITDA del aeropuerto

Costes operativos del aeropuerto"

Entiende la Sala de Supervisión Regulatoria que, utilizando diversos modelos de tratamiento de las anteriores variables, resultando comprobado que existe una relación positiva entre el número de pasajeros comerciales y los ingresos comerciales por pasajero; que, además de con el número de pasajeros gestionados, los ingresos comerciales por pasajero están positivamente correlacionados con el espacio comercial en las terminales, el porcentaje de pasajeros low cost, y el porcentaje de ingresos comerciales sobre el total de ingresos. Se concluye, a la vista de la estimación realizada, que el mayor tráfico de los aeropuertos y la mayor oferta comercial que de ello se deriva, incrementa de una forma más que proporcional, los ingresos comerciales de AENA, esto es, el ingreso medio por pasajero es creciente con el número de pasajeros, concretamente, por cada millón de pasajeros adicionales el ingreso comercial por pasajero se incrementa en 4,45 céntimos de euro.

Ese efecto del tráfico en los ingresos comerciales de AENA se cuantifica tomando el efecto del diferencial de pasajeros sobre el caso base (regionales) de los aeropuertos hub (Madrid y Barcelona) y turísticos utilizando el número medio de pasajeros de cada uno de los grupos. Este diferencial de pasajeros multiplicado por el coeficiente medio obtenido para la variable NPAXCOM (Número total de pasajeros comerciales) en el modelo econométrico permite obtener el incremento de ingreso medio por pasajero como consecuencia del mayor número de pasajeros comerciales que reciben estos aeropuertos con respecto a los del caso base (regionales).



Posteriormente, el incremento del ingreso medio por pasajero calculado, se multiplica por el número de pasajeros, obteniéndose el ingreso total debido al tráfico adicional que gestionan los aeropuertos respecto al caso base.

El cálculo realizado da un resultado de 143,6 millones de euros.

3. Cuantificación del ajuste en los costes asignados a las actividades comerciales

Entiende la Sala de Supervisión que, si bien no se puede realizar una cuantificación directa del efecto en los costes de las actividades comerciales, debido a que el efecto en el volumen total de ingresos no tiene por qué corresponderse exactamente con el nivel de costes, sí se puede realizar una aproximación coherente a dichos costes a partir de la relación existente en cualquier actividad económica entre los ingresos y el margen comercial sobre ingresos.

Se considera que para estimar los costes relacionados con los ingresos comerciales derivados del mayor tráfico se deben realizar los siguientes cálculos:

- Como se ha dicho, los ingresos comerciales de AENA derivados del mayor tráfico aéreo, según la metodología del apartado anterior, alcanzarían los 143,6 millones de euros.
- Este importe se detrae de los ingresos comerciales de AENA con el objetivo de determinar cuál es el porcentaje de costes sobre ingresos que AENA habría asumido sin dichos ingresos y que es de un [CONFIDENCIAL].
- Posteriormente se toma en consideración el ingreso real que obtuvo AENA 553,5 millones de euros y se calculan cuales hubieran sido los costes en que habría incurrido el gestor aeroportuario para obtener un nivel de ingresos similares y que se obtiene de aplicar el [CONFIDENCIAL] obtenido anteriormente a los 553,5 millones de euros.
- El resultado es que el coste en que habría incurrido AENA hubiera sido de [CONFIDENCIAL] millones de euros. Este importe supone 69,8 millones de euros más que los [CONFIDENCIAL] millones de euros que actualmente corresponden a la actividad comercial. Por tanto, el ajuste a aplicar en el reparto de costes entre actividades aeroportuarias y comerciales sería de 69,8 millones de euros.

4. Incorporación del ajuste en el modelo de costes de AENA

Se afirma que, para incorporar el ajuste en el modelo sería necesario que AENA procediese a la modificación del coste total de la PPP "Utilización de infraestructuras" e imputara la diferencia de coste a los Precios privados de actividades comerciales, reduciendo el coste de la PPP "Utilización de infraestructuras" en 69,8 millones de euros.

Así, el impacto calculado en el apartado anterior se aplicaría en el modelo de contabilidad analítica de AENA en aquellos servicios analíticos, PPP y Precios privados, relacionados con el uso de la terminal, ya que es en la terminal en donde se produce la complementariedad entre la actividad de transporte de pasajeros y la actividad comercial.

En el apartado VI del Acuerdo se recogen las siguientes *CONCLUSIONES*:

Primera.- 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.

Segunda.- La actualización de las tasas aeroportuarias de AENA se realizará anualmente en el porcentaje que resulte de aplicación de la fórmula recogida en el artículo 92.2 de la LSA . Para la concreción de los componentes de dicha fórmula, la propuesta de AENA debería tomar en cuenta exclusivamente los gastos de explotación, los activos netos, las deudas y los recursos propios vinculados a los campos de vuelo y las áreas terminales que los originan. Para ello, y en relación con estas últimas, AENA debería separar adecuadamente los costes imputables a sus actividades comerciales, esto es, aquéllas que están sometidas a precios privados, de los costes imputables a sus actividades aeroportuarias reguladas que tienen la consideración de PPP.

Tercera.- Tras la consulta pública llevada a cabo a tal efecto, esta Sala considera que el actual modelo de contabilidad de costes de AENA infravalora los costes que generan las actividades comerciales al imputarles un coste puramente incremental.

Cuarta.- Para estimar los costes que el modelo de AENA no está imputando a las actividades comerciales, esta Sala entiende que la forma óptima de hacerlo sería mediante un modelo de costes bottom up. Este modelo simularía los costes de un edificio terminal hipotético, dedicado en exclusiva a la prestación de servicios



aeroportuarios y en el cual el operador pudiese organizar la prestación de los servicios para el transporte de pasajeros del modo que resultase más eficiente para estos; una vez efectuada esta simulación habría que comparar las diferencias de costes entre las actividades aeroportuarias de este edificio terminal hipotético y las de cada uno de los gestionados actualmente por AENA, donde dichas actividades coexisten con las comerciales. Sin embargo, esta solución se considera inviable por desproporcionada, dados los costes de implementación que tendría, en la medida en que AENA cuenta con un número muy elevado de aeropuertos.

Por este motivo, esta Sala ha optado por un método indirecto de estimación de los costes no imputados por la contabilidad analítica de AENA, basado en un modelo econométrico que explota la relación directa entre la actividad comercial y los pasajeros gestionados por los aeropuertos. Esta metodología respeta el principio de proporcionalidad y ha sido utilizada en otros sectores regulados como una herramienta de aproximación apropiada a los costes cuando los modelos de contabilidad no permitían obtener datos adecuados.

Quinta.- A la vista de las conclusiones anteriores, una correcta imputación de costes de conformidad con las exigencias del artículo 92 de la LSA, requeriría para el ejemplo del ejercicio 2015, la reducción del coste total de la PPP "Utilización de infraestructuras" en un importe de 27,9 millones de euros, que es la cifra que se obtiene de la aplicación de dicho modelo econométrico, según se expone en el apartado V del presente informe."

El Acuerdo de 30 de junio de 2015 contiene como parte dispositiva comunicar al gestor aeroportuario lo siguiente:

"Primero.- La modificación tarifaria revisada por esta Comisión correspondiente al ejercicio 2016 consiste en incorporar a la propuesta de actualización tarifaria de Aena los siguientes cambios:

1.- La propuesta tarifaria deberá recoger las previsiones de tráfico corregidas por esta Comisión que representan un volumen total de pasajeros a cierre de 2016 de 209,81 millones.

2.- La propuesta tarifaria deberá recoger las previsiones de ingresos comerciales corregidas por esta Comisión que suponen un ajuste en el margen comercial de 49,54 millones de euros.

3.- La propuesta tarifaria deberá reducir el coste total de la PPP "Utilización de Infraestructuras" en un importe de 69.8 millones de euros, resultado de la aplicación de los criterios y metodología contenidos en el Acuerdo de esta Comisión de 23 de abril de 2015.

4.- La propuesta tarifaria deberá recoger como déficit a recuperar por Aena la cantidad de 179,3 millones de euros señalada en el resuelve octavo de la Resolución de 11 de septiembre de 2014 debidamente capitalizada a una tasa equivalente al coste medio ponderado de capital antes de impuestos de Aena, S.A resultando en 198,9 millones de euros, de acuerdo con lo dispuesto en el fundamento jurídico cuarto apartado A de dicha Resolución que establece que el déficit que debe recuperarse en ejercicios posteriores es el déficit real en que ha incurrido Aena.

La aplicación de los criterios anteriormente citados requiere que la propuesta tarifaria incorpore los datos que se resumen en la Tabla 5 y que, como consecuencia, la modificación tarifaria resulte en una reducción de tarifas de un 3,5%.

En su caso, la nueva propuesta de modificación tarifaria revisada podrá mantener los incentivos comerciales que Aena había vinculado a su propuesta inicial de congelación o, en su caso, proponer su supresión o modificación.

Segundo.- En relación con la falta de aportación de la documentación requerida durante el procedimiento de transparencia y consulta Aena deberá aportar a las Asociaciones de usuarios de compañías aéreas representantes de los usuarios la información detallada de ingresos y costes recogida en el Anexo II de la Resolución de 11 de septiembre de 2014.

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

En caso de que se incluyan datos o extremos que considere deban mantenerse confidenciales, tal necesidad habrá de justificarse para que la CNMC valore, en su caso, la pertinencia de su inclusión en las versiones públicas de sus Resoluciones y deberá aportarse una versión no confidencial del documento."

SEGUNDO: En el escrito de demanda de este recurso combate la entidad actora las anteriores resoluciones, planteando los siguientes motivos de impugnación:

1.- En primer lugar que la regulación aplicable a la función de supervisión y control de la CNMC sobre el procedimiento de actualización de las tarifas aeroportuarias prevé que AENA realice un proceso de consultas,



presente su propuesta de modificación tarifaria ante la CNMC y ésta supervise algunos aspectos concretos de la propuesta detallados en la ley; siendo estas exclusivamente sus competencias y no la determinación (para su posterior aplicación) de criterios que se desvían de lo normativamente dispuesto, por cuanto constituyen el desarrollo y concreción de la Ley -de marcado carácter normativo y con vocación de permanencia- sin habilitación legal expresa. La función supervisora de la CNMC es mucho más limitada y no alcanza a la determinación de los criterios de separación contable (y la corrección del modelo contable de AENA).

Se explica la estructura y determinación de los ingresos del gestor aeroportuario, citando el artículo 68 de la LSA, conforme al cual la estructura de ingresos del gestor aeroportuario se divide en dos categorías, que están sujetas a un régimen jurídico diferenciado: a) precios privados, como contraprestación por la realización de todas las actividades de AENA prestadas en los aeropuertos bajo su gestión que, por no estar incluidas en el artículo 68.2 de la LSA, no tienen la consideración de actividades reguladas o servicios aeroportuarios básicos; como son, entre otras, las actividades comerciales; y b) tarifas aeroportuarias, que son los ingresos regulados del gestor aeroportuario que, teniendo la consideración de prestación patrimonial pública, percibe AENA por la prestación de los servicios aeroportuarios básicos. Que la determinación y actualización de las tarifas aeroportuarias está sujeta a una intensa regulación, que incide sobre su método de cálculo -para garantizar la suficiencia financiera o recuperación de costes de la actividad- como sobre el procedimiento de fijación de las tarifas -en garantía de los principios de transparencia, objetividad y no discriminación-; el artículo 92 de la LSA establece la fórmula de actualización de las tarifas que deberá aplicar AENA. De modo que, en este caso, el gestor aeroportuario y los receptores de los servicios carecen de capacidad alguna para determinar la contraprestación de las actividades reguladas. El método de cálculo de las tarifas aeroportuarias viene establecido imperativamente en la Ley, sin que exista margen de apreciación alguno que habilite a los operadores o al supervisor a practicar modulaciones. Que el sistema tarifario se asienta, fundamentalmente, en el principio de recuperación de costes, que se proyecta directamente sobre su método de cálculo y actualización periódica, y cuya finalidad es compensar el sobrecoste derivado de la ejecución de las obligaciones de servicio público que pesan sobre AENA (por su condición de gestor aeroportuario) más un beneficio razonable. El principio de separación contable de actividades, entendido desde la óptica del principio de recuperación de costes, sirve como garantía de la viabilidad financiera de las actividades reguladas. En lo que se refiere a la determinación de las tarifas aeroportuarias, tan rechazable es tomar en consideración costes no imputables a las actividades comerciales, como no tener en cuenta costes imputables a las actividades reguladas para el cálculo de las tarifas.

Se añade que el artículo 92.1 de la LSA recoge la fórmula que debe emplearse para que AENA realice la propuesta de actualización de las tarifas aeroportuarias, y el artículo 92.2.b) in fine establece que habrán de separarse los costes relativos a los servicios aeroportuarios de los costes procedentes de los servicios comerciales, de modo que, para el cálculo de las prestaciones patrimoniales públicas únicamente se tengan en cuenta los costes asociados a las actividades aeroportuarias.

2.- El segundo motivo de impugnación desarrollado hace referencia a la ausencia de discrecionalidad técnica de la CNMC en el marco de sus funciones de supervisión y control del procedimiento de actualización de las tarifas aeroportuarias.

Se razona que la Ley no reconoce a la Comisión margen de apreciación alguno para determinar qué criterios de separación e imputación de costes entre actividades reguladas y no reguladas deben aplicarse o cuáles de ellos, entre una pluralidad indiferente o equivalente jurídicamente, deben tenerse en cuenta, con arreglo al estándar técnico elaborado por la CNMC; las funciones de la Comisión se ciñen a la verificación del procedimiento de consultas, la supervisión de que se aplican los límites incrementales legalmente establecidos y la justificación de la propuesta tarifaria a partir de determinados instrumentos; la regla de separación contable de actividades viene establecida a partir de una fórmula matemática:

Los componentes de dicha fórmula están clara y terminantemente predeterminados por el artículo 92.2 de la LSA, sin que exista margen de indefinición sobre ninguno de ellos.

Sin embargo, la CNMC al dictar la resolución impugnada ha ejercido su función de supervisión y control como si de una potestad discrecional se tratara, o como si le correspondiese la decisión de determinar si la regla de separación contable pasaría por un mero examen técnico por ella diseñado. Así, analiza hasta tres alternativas técnicamente viables, para llegar a la conclusión de que conviene sustituir el modelo de contabilidad analítica o de costes ABC -objetivo, transparente y aceptado internacionalmente- por un modelo econométrico de regresión lineal ad hoc -subjetivo, sin precedentes y no supervisable- basado en estimaciones no demostradas y que se separa de lo expresamente establecido en la norma.



Añade la actora que, aun cuando se aceptase que la Ley otorga a la CNMC potestades discrecionales, en el ámbito de su función de supervisión y control de las tarifas aeroportuarias, la resolución no está exenta de control jurisdiccional.

3.- El tercer motivo se concreta en la falta de competencia de la CNMC para imponer un criterio de separación de costes no previsto en la norma.

Se alega que la resolución impugnada constituye, materialmente, una disposición de carácter general dictada por un órgano manifiestamente incompetente. Y ello porque establece los criterios de distribución de costes con carácter general y con vocación de permanencia cuya (indebida) aplicabilidad se proyecta, desde su publicación, durante el período transitorio previsto en la Ley 18/2014, hasta la publicación del primer DORA, cuando la Ley no otorga a la CNMC competencias para desarrollar e interpretar el modelo de doble caja establecido en la LSA y, mucho menos, para dictar disposiciones con vocación de obligar sobre el método de formulación de la actualización de las tarifas aeroportuarias. El Tribunal Supremo, al pronunciarse sobre la admisión a trámite del presente recurso, ya calificó de acto de naturaleza normativa (evidenciando con ello que la CNMC pretendió con él innovar el ordenamiento jurídico). Y que, con independencia de cuál sea la naturaleza de la resolución impugnada, la CNMC carece de competencia para establecer los criterios de contabilización y distribución de los costes asociados a las actividades reguladas y comerciales.

Considera que el carácter normativo de la resolución impugnada, ha sido puesto de manifiesto por el Tribunal Supremo, en sus Sentencias de 19 de junio de 2017 (rec. nº 4009/2015) y 19 de diciembre de 2016 (rec. nº 132/2016), siendo esa vocación normativa la razón determinante de que el Tribunal Supremo declarase que el Acuerdo de 23 de abril de 2015 era un acto recurrible. Que, a través de la resolución impugnada, la CNMC pretendía dictar una disposición de carácter general, con marcado carácter normativo y vocación de permanencia en el tiempo, destinada a desarrollar y completar la LSA y la Ley 18/2014, en lo que se refiere a los criterios que deben ser aplicados para corregir las propuestas de actualización de las tarifas aeroportuarias durante el período transitorio establecido en la Ley 18/2014. Es claro, por tanto, que la resolución impugnada debe asimilarse a una disposición de carácter general o normativa. Que la CNMC carece de habilitación legal expresa y suficiente para dictar una disposición reglamentaria en desarrollo de la LSA, y, en cualquier caso, la CNMC carece de competencia para innovar la regulación del modelo de doble caja e imponer un ajuste en la contabilización de costes del gestor aeroportuario sin amparo en la regulación. Que el artículo 10 de la Ley 3/2013 y la Disposición transitoria cuarta de la Ley 18/2014 no prevé un régimen de supervisión en el que la CNMC tenga una competencia para revisar y modificar todos y cada uno de los elementos que configuran la tarifa aeroportuaria y, más en concreto, imponer criterios de contabilización de costes que no están previstos en la Ley.

4.- Como cuarto motivo se alega que los criterios de separación contable establecidos en la resolución impugnada carecen de sustento de la LSA y en la Ley 18/2014.

Se expone que la resolución impugnada considera inadecuada la contabilidad de costes de AENA con el modelo de doble caja o dual till, única y exclusivamente por el criterio de distribución de costes conforme a los metros cuadrados o espacio físico de la terminal, ocupado por cada una de las actividades, con el cual se obtienen unos costes inferiores a los que la actividad comercial genera realmente. La CNMC propone un modelo que trataría de identificar una serie de sobrecostes y costes intangibles (de difícil cuantificación) que son consecuencia, única y exclusivamente, de las actividades comerciales.

Considera la actora que 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, como el hecho de que el modelo de contabilización de costes de AENA no aplicara correctamente el modelo de doble caja previsto en la LSA por cuanto "infravalora" determinados costes de las actividades comerciales. Sin embargo, según el 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" (que se aporta como Documento nº 4 de la demanda) tales premisas son erróneas y no sirven para justificar la inadecuación del modelo contable de AENA; pues AENA ya aplica una corrección al criterio de los metros cuadrados, precisamente, para dar solución al problema identificado por la CNMC.

Que, por otra parte, la CNMC asume que AENA excluiría de los costes por actividades comerciales aquellos costes comunes a actividades reguladas y comerciales (esto es, el coste de una actividad que, siendo necesaria para las actividades reguladas, también lo fuera para las actividades comerciales) -tales como, ascensores, pasillos, aseos, etc; la CNMC considera que tales costes deben imputarse exclusivamente a las actividades comerciales. Sin embargo, ello no es correcto, pues partir del modelo contable de AENA se acredita que el criterio de imputación de costes utilizado establece un ajuste más que proporcional de los costes comunes a actividades reguladas y actividades comerciales, al asignar el 17% de los costes totales de las



terminales, mientras que con base únicamente en el criterio de los metros cuadrados tan solo correspondería aplicar el 5%; de manera que se incorporan a los costes de las actividades comerciales (que se incrementan) los correspondientes a las zonas comunes aprovechadas por las actividades reguladas (lo que implica su disminución más que proporcional de los costes imputados a las actividades reguladas por la utilización de las instalaciones). Y, aunque tal ajuste no se llevase a cabo, gran parte del espacio destinado a actividades comerciales seguiría siendo necesario para la prestación de las actividades reguladas, aunque las actividades comerciales no existiesen.

Asimismo, se considera errónea la premisa de que el sobrecoste derivado del sobredimensionamiento de la terminal, diseñado para favorecer las zonas destinadas a las actividades comerciales, no se tiene en cuenta en el modelo de contabilización de costes de AENA. Y que también es errónea la premisa de que el modelo de imputación de costes de AENA no es adecuado para incorporar los "costes intangibles (y de difícil cuantificación)", como consecuencia de la utilización del criterio de los metros cuadrados.

Se afirma que 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; y que el modelo de imputación de costes establecido en la Resolución Impugnada se separa abiertamente del modelo de doble caja (puro) establecido en la LSA, para aplicar un modelo de caja híbrido.

TERCERO: La Abogada del Estado se opone al recurso en su escrito de contestación a la demanda, en el que, con carácter preliminar, afirma que la CNMC se ha limitado a mejorar la transparencia y la previsibilidad de su actuación en ejercicio de sus competencias y que el acuerdo de 23 de abril de 2015 no tiene por sí mismo efectos, ya que la CNMC no aplicó sus criterios de separación de costes hasta el acuerdo de 30 de junio y la resolución de 23 de julio de 2015, por la que se aprueba su propuesta de modificación tarifaria, en este último caso como mera propuesta para su tramitación parlamentaria y posterior aprobación mediante la Ley Presupuestos Generales del Estado; que la publicación del acuerdo de 23 de abril no afectó al procedimiento de consultas ni modificó la posición de AENA que mantuvo su propuesta anterior a la publicación del acuerdo. Añade que, con el segundo acuerdo recurrido la CNMC no hace sino cumplir el procedimiento establecido para ello en el apartado 3 de la disposición transitoria cuarta de la Ley 18/2014; que los efectos económicos derivados de los acuerdos recurridos en el presente procedimiento se producen a partir de marzo de 2016, fecha de aplicación de las nuevas PPP aprobadas por la Ley de Presupuestos, o como mucho, en la fecha de aprobación de dicha Ley de Presupuestos, ya que es el Parlamento el que, en última instancia asume o no el criterio anticipado por la CNMC el 23 de abril y aplicado finalmente en su Acuerdo de 23 de julio.

Alega que la CNMC actuó en aplicación de las competencias atribuidas en la Ley 3/2013, de 4 de junio de creación de la CNMC y en la Ley 18/2014; que la resolución impugnada está suficientemente motivada y es conforme con la disposición transitoria cuarta y sexta de la Ley 18/2014 y con el artículo 92 de la LSA. Que el procedimiento de determinación de las tasas aeroportuarias aplicables a AENA en 2016 es fruto de la transposición de la Directiva 2009/12/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de marzo de 2009 (Directiva de Tasas Aeroportuarias); que dicha Directiva, además de someter las tasas a un procedimiento de consulta previa con los usuarios aeroportuarios, exigía el nombramiento de una autoridad de supervisión independiente de cualquier entidad gestora del aeropuerto y de las compañías aéreas; para ello, la Ley 1/2011, de 4 de marzo añadió un nuevo título VI a la Ley 21/2003 en el que se regulan los ingresos de AENA y el procedimiento de transparencia, consulta y supervisión de determinadas tarifas aeroportuarias, así como su aprobación en Ley de Presupuestos, previo informe de las mismas por la autoridad supervisora independiente.

En cuanto al modelo de contabilización de costes propuesto por AENA, rechaza que hubiera sido plenamente avalado por la DGAC, entre otras razones porque el modelo de caja doble se fue implantando de forma progresiva. Y el Informe del CRFA identifica claramente el problema de la separación de costes como crítico en un sistema de *dual till* y la necesidad de establecer una metodología y criterios de reparto. El Informe de la CNMC, dado que se trata del primer ejercicio de supervisión de este organismo, al igual que en los casos anteriores, adopta un enfoque constructivo, profundizando en los aspectos que deben mejorarse del procedimiento de consulta y de la propuesta de tarifas aeroportuarias. Afirmando que la propuesta de la CNMC respeta el mecanismo de caja doble legalmente establecido y únicamente realiza un ajuste en el reparto de costes imputables a las actividades comerciales y reguladas en las áreas terminales, de forma que no se recuperen, vía tasas aeroportuarias, costes que son generados por las actividades comerciales de AENA.

Señala la Abogada del Estado que el modelo de doble caja, o *dual till*, se introdujo por la Ley 1/2011, por la que se modificó la LSA; posteriormente, el RD-ley 20/2012 suavizó el sistema de doble caja, al imponer su aplicación de modo gradual. Que la correcta aplicación del modelo *dual till* que establece la normativa exige una adecuada separación de los costes imputables a las actividades aeroportuarias básicas, pues las PPP que se exigen a las aerolíneas por este concepto sólo pueden retribuir estos servicios, sin tener en cuenta ingresos privados (art. 92.2.b). Por ello, 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. Que el artículo 92, más allá de establecer la adopción progresiva del sistema dual till, no contenía criterios concretos de separación e imputación de costes regulados y comerciales, correspondiendo su determinación y aplicación a la CNMC, que debió desarrollar los criterios de separación e imputación de costes que consideraría aceptables y que aplicaría en la revisión de la propuesta de AENA, dando al proceso la máxima transparencia entre los agentes económicos.

En respuesta al motivo de la demanda sobre la falta de competencia de la CNMC para imponer un criterio de separación de costes no previsto en la norma, razona que el Acuerdo de 23 de abril de 2015 no es una disposición de carácter general o reglamentaria, sino un documento de marcado contenido técnico que la CNMC decidió publicar para dotar de mayor transparencia y predictibilidad su labor supervisora; que la necesidad de abordar la separación de los costes de las actividades aeroportuarias respecto del resto de los servicios prestados por el gestor aeroportuario ya había sido anticipada tanto por la DGAC y el CRFA, como por la CNMC en su Resolución de 11 de septiembre de 2014. Que para 2016 la supervisión tarifaria se realizó en un específico marco legal (el de la disposición transitoria cuarta de la Ley 18/2014, o marco pre-DORA), con particularidades que lo individualizaron frente a otros ejercicios en aspectos tanto procedimentales como sustantivos, lo que determinó que la CNMC dispusiese en dicho ejercicio de un notable grado de discrecionalidad técnica. Que, mediante el Acuerdo de 23 de abril de 2015, se pretendió dar objetividad y transparencia al ejercicio de las funciones que debió desarrollar la CNMC, permitiendo la participación de los distintos interesados.

Añade que el Acuerdo de 23 de abril de 2015, ni vinculó a AENA ni afectó a su situación patrimonial, pues el procedimiento de supervisión prevé que AENA pueda modificar su propuesta de acuerdo con los criterios expresados por la CNMC o que, en su caso, no la modifique y presente su punto de vista sobre las mismas; en tal caso, la CNMC se limita a presentar para su tramitación en la Ley de Presupuestos Generales su propia propuesta, haciendo constar asimismo el punto de vista del gestor aeroportuario; siendo el Parlamento, en ejercicio de la función legislativa, el que se ha de decantar por la propuesta del supervisor o por la del gestor aeroportuario. De hecho, AENA no siguió estas instrucciones y presentó la propuesta según sus propios criterios, sin que la CNMC tuviera ni la pretensión ni la capacidad de obligarle a modificarlos.

Señala que no es cierta la afirmación de la actora de que la CNMC "rechaza" el modelo de imputación de costes de AENA, por el contrario, tal como se expone en el Anexo I del Acuerdo de 23 de abril, la CNMC emplea el modelo de contabilidad de costes del gestor aeroportuario, ya que es este modelo y no otro, el que se utiliza como base de reparto de los costes entre las actividades aeroportuarias y las actividades comerciales; pero, en el ejercicio de sus competencias, consideró necesario complementar ese modelo con el objetivo de mejorar el criterio de reparto utilizado, lo que requirió del uso de un modelo econométrico que permitiera un reparto de costes más causal entre las actividades comerciales y las aeroportuarias. Que el hecho de que se utilicen repartos indirectos no implica subjetividad, sino que mejora el reparto, siempre que esos criterios se establezcan con una relación de causalidad entre el coste y el servicio. Que está demostrado que el modelo contable de AENA, al aplicar el reparto de los costes de la terminal por metros cuadrados exclusivamente, imputa a las actividades comerciales un coste inferior al que generan; ello implica una debilidad en el modelo de doble caja que puso de manifiesto la CNMC en su Acuerdo de 23 de abril.

Entiende la Abogada del Estado que tampoco es cierto que la CNMC asume que los costes comunes a ambas actividades no existirían, ni que no deban repartirse entre las distintas actividades, sino que se indica en la Resolución que existe un reparto incorrecto de algunos de ellos, así como una sobredimensión provocada por el negocio comercial. Que, aun cuando las áreas comerciales cumplen una función básica para incrementar y mejorar la experiencia del pasajero dentro de los aeropuertos, ello no justifica que los costes de un negocio, por otra parte, tan rentable para AENA, deban ser financiados por los servicios aeroportuarios que la demandante presta en régimen de monopolio y bajo un modelo tarifario de dual till donde deben separarse escrupulosamente los costes de ambas actividades. Que, como el reparto del coste de la terminal a las actividades comerciales y reguladas que se lleva a cabo en la contabilidad analítica se realiza en función de los metros cuadrados, las actividades reguladas reciben, incorrectamente, la parte correspondiente al sobredimensionamiento total de la terminal, por lo cual la CNMC incorporó en el Acuerdo recurrido un ajuste relativo a esta circunstancia. 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; lo que se hace es reducir el coste de la actividad regulada y, ese mismo importe asignarlo como un coste de la actividad comercial, manteniéndose el total de costes de AENA sin cambios, por lo que no se registra doble contabilización alguna en el ejercicio de reparto de costes que realiza la CNMC. Que la relación entre ingreso por pasajero y tráfico, no es obtenida ex novo por la CNMC, existiendo un marco teórico consolidado que vincula ingresos comerciales y número de pasajeros gestionados. Que cuando la CNMC hace referencia a costes



intangibles se refiere, no a que se trate de costes no existentes por no tangibles, sino que se trata de costes difíciles de estimar y de repartir por la imposibilidad de realizar una imputación directa de los mismos. Que, respecto a los ingresos comerciales por pasajero en los aeropuertos regionales, en atención a las alegaciones recibidas de AENA y de la DGAC durante el trámite de audiencia previo al Acuerdo de 23 de abril, la Comisión decidió eliminar de su modelo el efecto económico derivado de estos aeropuertos y recalculó el efecto en todos aeropuertos sobre la base de la eliminación de los aeropuertos regionales.

Se concluye que la Resolución impugnada es conforme a Derecho en lo que se refiere a la valoración y recuperación del déficit tarifario reconocido a AENA.

CUARTO: La codemandada ACETA, se opone a la demanda, adhiriéndose a la contestación de la Abogacía del Estado. Reitera que el Acuerdo CNMC no es un acto que ponga fin a la vía administrativa ni es un acto de trámite cualificado que genere (o pueda generar) la imposibilidad de continuar el procedimiento ni produce indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos de AENA; sino que supone, en todo caso, expresión de una función consultiva de interpretación de lo que la Ley aplicable a efectos de actualización de las prestaciones patrimoniales públicas señala en cuanto a la debida separación de costes comerciales y aeroportuarios, incardinado dentro del proceso de transparencia y consulta que, en relación con la actualización de las prestaciones patrimoniales públicas, regulan tanto La Ley 21/2003 de Seguridad Aérea (LSA) y la Disposición Transitoria Cuarta de la Ley 18/2014 . Tal Acuerdo se debe entender enmarcado dentro de las funciones que, como órgano Supervisor del proceso de actualización de las prestaciones patrimoniales tiene legalmente encomendadas conforme al artículo 10 de la Ley 3/2013 , y la D.T. Cuarta de la Ley 18/2014 . Y, en cuanto al fondo, acoge el criterio de la Abogacía del Estado.

La codemandada IATA se opone también a la demanda, exponiendo que el Acuerdo y resolución de la CNMC impugnados no son susceptibles de recurso contencioso administrativo. Afirma que la STS de 19 de diciembre de 2016 en el recurso 132/2016 , anulando el Auto de inadmisión de la Audiencia, no adopta una posición definitiva respecto a la naturaleza del Acuerdo de la CNMC recurrido, si bien indica a título provisional, que parecen más bien actos normativos o reglamentarios, y que no se dan los concretos requisitos del artículo 51 LRJCA , pero no que constituyan siempre y en todo caso actos recurribles ante la jurisdicción contencioso-administrativa; que los Acuerdos no contienen ninguna declaración de voluntad resolutoria de la CNMC que pudiera generar derechos y obligaciones para ningún administrado; tales derechos y obligaciones solo se generarán una vez que el Parlamento adopte la norma que libremente decida. Añade que AENA no recurrió el concreto acto de la CNMC en que se adoptó la decisión de revisar y adaptar su contabilidad de costes, y que por ello quedó firme; pues el Acuerdo de la CNMC de 23 de abril de 2015, al igual que la Resolución de 30 de junio que también se recurre, constituyen parte del proceso de supervisión que, en lo que es objeto del presente recurso, se fundamentan en la Resolución de la CNMC de 11 de septiembre de 2014, acuerdo que no fue recurrido ni por AENA ni por su accionista TCI dentro del plazo establecido en el artículo 46 de la LRJCA . Se opone a las alegaciones de la actora sobre la falta de competencia de la Comisión y en relación a los criterios de asignación de costes incluidos en el acuerdo de abril de 2015.

La codemandada RYANAIR, D.A.C., se opone a la demanda, reiterando la alegación de inadmisibilidad del recurso, analizando el alcance de la STS nº 1082/2017 , entiende que la citada sentencia no es óbice para que, continuando por completo el proceso judicial, la sentencia que se dicte al final del mismo declare la inadmisibilidad del recurso interpuesto por AENA, S.A., por hallarse en el caso previsto en el Artículo 69 c) de la LJCA . Combate los motivos de impugnación del escrito de demanda, en cuanto al fondo del litigio.

La codemandada ASOCIACIÓN DE LÍNEAS AÉREAS, se opone también a la demanda; niega que el TS haya declarado que el acuerdo de la CNMC de abril de 2015 sea resultado del ejercicio de una potestad normativa o reglamentaria; razona que la Comisión ha actuado dentro del ámbito de las competencias que tiene legalmente atribuidas, concretamente, en el procedimiento transitorio de actualización de tarifas previsto en la DT4ª de la Ley 18/2014 ; que los criterios de la CNMC no son arbitrarios, irracionales ni incurren en un error manifiesto, teniendo amparo legal.

QUINTO: Pl antea 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. Cuestiones que pasan por el examen de la naturaleza y efectos del Acuerdo de 23 de abril de 2015 -respecto del que se planteó la cuestión- y de la resolución de 30 de junio de 2015.

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

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

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

Para la adecuada interpretación de la normativa de aplicación, conviene tomar en consideración el apartado IV del Preámbulo de la citada Ley 18/2014, en el que se expone:

"(...)

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

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

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

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

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

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

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

(...)"

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

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

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

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

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

(...)

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

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

-Elaboración y propuesta de aprobación del DORA, (Artículo 25).

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

2. (...)

3. En el procedimiento de tramitación para la aprobación del Documento de Regulación Aeroportuaria (DORA), la Dirección General de Aviación Civil solicitará, como tarde el 1 de julio, el informe de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y de la Agencia Estatal de Seguridad Aérea en sus respectivos ámbitos



de competencia. Asimismo, en dicho procedimiento se recabará informe de la Dirección General de Política Económica del Ministerio de Economía y Competitividad, en relación con los valores tarifarios. (...)

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

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

4. (...)

-Aprobación del DORA, (Artículo 26).

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

(...)

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

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:

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

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

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

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

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

En el caso de inadmisión de la propuesta cuando ésta se haya efectuado prescindiendo del procedimiento contemplado en el artículo 98 de la Ley 21/2003, de 7 de julio, de Seguridad Aérea, se concederá al gestor aeroportuario un plazo para subsanar las deficiencias detectadas, transcurrido el cual sin que se hayan



subsano o manteniéndose las condiciones de inadmisión de la propuesta, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia remitirá la propuesta de modificación tarifaria que proceda aplicando lo dispuesto en el apartado 2, debidamente justificada y en la que consten las irregularidades identificadas, al órgano competente para su incorporación al anteproyecto de ley que corresponda.

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

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

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

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

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

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

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.

SÉPTIMO: El artículo 53 de la Ley 18/2014 (BOE 17/10/2014) "*Modificación de la Ley 21/2003, de 7 de julio, de Seguridad Aérea*", dispone:

"Diez. Se suprimen los artículos 73, 79, 80, 81, 91 y 92, el capítulo IV del título VI y las disposiciones adicionales decimocuarta y decimoquinta."

Sin embargo, su Disposición final quinta establece:

"1. La presente Ley entrará en vigor el día de su publicación en el "Boletín Oficial del Estado".

2. Los artículos 92, 98 y 100 de la Ley 21/2003, de 7 de julio, de Seguridad Aérea, conservarán su eficacia hasta la fecha de aplicación del primer Documento de Regulación Aeroportuaria (DORA), a cuyo efecto dicha fecha se publicará en el "Boletín Oficial del Estado" por resolución del Secretario de Estado de Infraestructuras, Transporte y Vivienda."

Pues bien, la regulación que sobre la actualización y modificación de las prestaciones patrimoniales de carácter público contenía la Ley 21/2003, de Seguridad Aérea, modificada por Ley 1/2011, en los citados artículos 92, 98 y 100, se puede concretar en lo siguiente:

- De conformidad con el artículo 92, la propuesta de actualización de las cuantías de las tarifas unitarias correspondientes a las prestaciones patrimoniales de carácter público se realizará anualmente, al inicio de cada año natural, en el porcentaje que resulte de la aplicación de la fórmula que se establece y define en dicho precepto.

- Procedimiento de consulta (artículo 98):

1. Al menos una vez al año y, en todo caso, en relación a cualquier propuesta sobre modificación o actualización de las prestaciones patrimoniales públicas, así como antes de la finalización de los planes relativos a nuevos proyectos de infraestructuras "Aena Aeropuertos, S.A.", previa audiencia a sus sociedades filiales, deberá llevar a cabo un periodo de consultas con las asociaciones u organizaciones de compañías aéreas usuarias de los aeropuertos sometidos a su gestión y a la de sus sociedades filiales. Estas consultas versarán sobre el funcionamiento del sistema de prestaciones patrimoniales públicas, el nivel de dichas prestaciones y la calidad de los servicios prestados.

2. El periodo de consultas deberá tener lugar al menos cuatro meses antes del mes de mayo del ejercicio anterior a aquél en el que se pretendan actualizar o modificar las prestaciones.

Durante el periodo de consultas la sociedad estatal intentará alcanzar acuerdos con las asociaciones u organizaciones de compañías y, especialmente, suscribir el mayor número posible de acuerdos de calidad de servicios a los que se refiere el artículo 100.1.

Concluido el periodo de consultas, el consejo de administración de "Aena Aeropuertos, S.A.", aprobará la correspondiente propuesta de modificación o actualización de prestaciones patrimoniales públicas, dando traslado de la misma a la Autoridad Estatal de Supervisión y a las asociaciones u organizaciones de compañías aéreas y usuarios de los aeropuertos, a más tardar en el mes de mayo del ejercicio anterior a aquél en que pretenda aplicarse la modificación o actualización.

En esta propuesta, "Aena Aeropuertos, S.A." deberá tomar en consideración los puntos de vista puestos de manifiesto por las compañías usuarias y justificar sus decisiones en caso de desacuerdo con las mismas. Del mismo modo, para la formulación de su propuesta deberán aplicar la fórmula referida en el artículo 92.

- El artículo 100.1 establecía que, durante el periodo de consultas, "Aena Aeropuertos, S.A.", previa audiencia a sus sociedades filiales, podría negociar con las compañías aéreas usuarias, sus organizaciones o asociaciones representativas, un acuerdo sobre el nivel y calidad de servicio de los aeropuertos sometidos a su gestión y a la de sus sociedades filiales, de conformidad con el importe de prestaciones patrimoniales públicas.

OCTAVO: Para examinar el procedimiento seguido por la CNMC, conviene tener en cuenta que, en su 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 -la cual no consta recurrida por AENA- la Comisión, además de admitir la propuesta de modificación tarifaria para 2015 presentada por AENA, declarándola conforme a lo dispuesto en el artículo 92 de la LSA y en la disposición transitoria sexta, apartado 1 del Real Decreto-Ley 8/2014, contiene los siguientes acuerdos:

"(...)



SEXTO.- Requerir a Aena, a las asociaciones representativas de usuarios y a las compañías participantes en el procedimiento de consulta a adoptar, en el procedimiento de transparencia y consulta para la propuesta de modificación tarifaria de Aena S.A. para 2016 y futuros procedimientos de consulta, las medidas contenidas en el apartado C.2 del Fundamento Jurídico Tercero de la presente resolución.

SÉPTIMO.- Requerir a Aena S.A. la presentación a la CNMC de su contabilidad analítica aplicando las modificaciones establecidas en el Fundamento Jurídico Cuarto, apartado A.2 de la presente resolución.

(...)"

En el Fundamento Jurídico Tercero, apartado C.2 "Medidas que deberán adoptarse en futuros procedimientos de consulta", se expone:

"El RDL 8/2014 ha atribuido a la CNMC la competencia para dictar resoluciones de obligado cumplimiento para sus destinatarios en relación con el procedimiento de transparencia y consulta que debe realizar Aena (art. 10.3 Ley de creación de la CNMC) y cuyo incumplimiento... resulta sancionable por la CNMC en virtud de lo dispuesto en los artículos 43.3 y 44 del RDL 8/2014 .

En el ejercicio de tal función y sin perjuicio de la información mínima que, de acuerdo con el artículo 35 del RDL 8/2014 deberá ser remitida por Aena y las compañías aéreas y cuyo incumplimiento sería una infracción tipificada en el artículo 43.1 k) y 43.3.c), esta Comisión considera necesario formular las siguientes medidas que considera adecuadas para mejorar la transparencia y la eficacia del proceso de discusión en relación con la revisión de las tarifas aeroportuarias:

(...)

- En el caso de la información a suministrar por Aena, es necesario que las asociaciones de usuarios cuenten con la información relevante con la antelación suficiente. En este sentido,

1) Aena deberá aportar, al menos dos semanas antes del inicio del procedimiento, el último Plan de Actuaciones Plurianual (PAP) aprobado así como una descripción suficiente de las metodologías utilizadas para realizar las previsiones de ingresos (incluyendo tanto los ingresos previstos por los servicios aeroportuarios como derivados de las actividades comerciales), costes (tanto operativos como de capital, incluyendo, entre otros, (...).

2) Antes del 30 de marzo de cada ejercicio (y, en todo caso, 2 semanas antes de la reunión con las asociaciones de usuarios), Aena deberá aportar la información detallada sobre ingresos y costes a partir de la información provisional al cierre del ejercicio anterior en formato electrónico (...)

3) Antes del 15 de mayo de cada ejercicio (y, en todo caso, 2 semanas antes de la reunión con las asociaciones de usuarios), Aena deberá aportar la información financiera detallada a partir de la información definitiva al cierre del ejercicio anterior, así como sus previsiones de ingresos, costes y volumen de tráfico para el ejercicio en curso y el siguiente (objeto de revisión) en formato electrónico tratable. A partir de esta información, Aena estimará el resultado de aplicar la fórmula de actualización tarifaria, realizando una propuesta a las asociaciones de usuarios sobre la actualización tarifaria...

(...)

En el Fundamento Jurídico Cuarto, apartado A.2, "Cálculo de los costes de Aena - Modelo de contabilidad de costes", se decía:

"La supervisión del cumplimiento de las previsiones normativas que aplican a la actualización de las tarifas aeroportuarias requiere que esta Comisión cuente con información adecuada de costes. Así, únicamente realizando una correcta asignación de los costes entre los diferentes servicios, ya sean estrictamente aeroportuarios o relativos a las actividades no reguladas del gestor aeroportuario, esta Comisión puede establecer el cumplimiento de los límites de variación máxima establecidos para las PPP. Para que la información contable sea útil y permita alcanzar conclusiones a esta Comisión en relación con las funciones que tiene atribuidas, Aena debe implementar su contabilidad analítica bajo los principios de causalidad de los costes y objetividad dado que, de otra forma, la información de costes suministrada por el gestor aeroportuario respondería a asignaciones arbitrarias que no permitirían asegurar que Aena estuviera, mediante los niveles tarifarios regulados, en situación de recuperar los costes de los servicios aeroportuarios.

Con el fin de realizar las comprobaciones oportunas y, en su caso, establecer modificaciones al sistema de contabilidad de Aena para hacerlo más coherente con los objetivos anteriores, esta Comisión requirió a Aena el modelo de contabilidad analítica al objeto de analizarlo y determinar si los criterios de asignación de costes podían ser considerados objetivos. En los siguientes apartados se describe el modelo de contabilidad de Aena y se presentan las conclusiones alcanzadas por esta Comisión y las modificaciones que el gestor debe introducir para posteriores ejercicios.



(...)

d) Conclusiones y valoración.

- En el modelo de CC de Aena la mayor parte de los costes se reparten a través del modelo de aeropuertos (91% de los costes totales), mientras que el modelo de SSCC reparte únicamente el 9% de los costes totales.

- En el modelo de aeropuertos una parte relevante de los costes de las actividades se asignan de forma directa a los servicios que causan dichos costes (35%) y los criterios de reparto se aplican al 65% de los costes restantes.

- Los criterios de imputación aplicados en el modelo de contabilidad de costes de Aena para el ejercicio 2013 son mayoritariamente, y salvo muy limitadas excepciones recogidas en el apartado anterior, causales y objetivos.

- No obstante lo anterior, hay que tener en cuenta, que en un escenario de transición hacia la aplicación de un modelo dual *till* puro la precisa cuantificación de los costes de las PPP y de los servicios sujetos a precios privados se antoja aún más crítica en el proceso de determinación de las modificaciones tarifarias futuras a aplicar por el gestor aeroportuario. En este sentido, y teniendo en cuenta que, diversos estudios evidencian que la diversificación actual del negocio de los aeropuertos, añadiendo a los servicios aeronáuticos otros servicios puramente comerciales, permite a los aeropuertos obtener una mayor eficiencia operativa, al explotar la complementariedad de la demanda entre ambos, los Servicios de esta Comisión están realizando en la actualidad un análisis más profundo sobre la asignación de los costes entre las actividades no sujetas a regulación y las PPP, ya que en el caso que nos ocupa las aerolíneas generan un valor añadido para el aeropuerto cuando los pasajeros transportados por estas compañías utilizan los servicios comerciales del aeropuerto. Estos trabajos culminarán con la publicación de una consulta pública para recabar las opiniones del sector.

- Así, en la medida en que pueda demostrarse y cuantificarse que el transporte de pasajeros produce una externalidad positiva en el negocio comercial del aeropuerto (en términos de ingreso medio comercial por pasajero), de acuerdo a la teoría económica, los beneficios de dicha externalidad deberían reflejarse en el precio de los servicios. Teniendo además en cuenta que el marco regulatorio aplicable a las tarifas aeroportuarias impone la recuperación de los costes eficientes de prestación de las mismas, resulta necesario profundizar en las consecuencias que dichos efectos deben tener en la cuantificación de los costes eficientes de prestación de los servicios sujetos a regulación. (...)"

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."

NOVENO: 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.

En dicho procedimiento AENA emitió informe, de 23/01/2015, combatiendo los datos y criterios del Anexo sometido a consulta, sobre la determinación de los costes asociados a la utilización de áreas terminales de los aeropuertos de AENA que deben ser tomados en cuenta en la fórmula de actualización de las cuantías de las tarifas unitarias de las prestaciones patrimoniales de carácter público. Concluyendo que la propuesta de CNMC es contraria a los principios establecidos en la legislación vigente; que AENA está imputando sus costes correctamente de acuerdo a la normativa OACI en esta materia como avalan las auditorías; que las premisas de la CNMC de sobredimensionamiento de la terminal por las actividades comerciales e infraestimación de los costes comerciales no son ciertas, y por ende que la metodología de la CNMC en su estudio es sesgado y sus resultados no se corresponden con la realidad, se considera que dicha propuesta debe ser rechazada.

Emitieron dictamen negativo al contenido del documento de la Comisión, dos economistas de la Facultad de C.C. Jurídicas y Sociales de la Universidad rey Juan Carlos.

La Dirección General de Aviación Civil (DGAC), en su informe, con fundamento en el anterior Dictamen, considera que la propuesta de la CNMC para estimar los costes de los servicios sujetos a PPPs no es compatible con el marco legal puesto que no se ajusta a los requerimientos del marco regulatorio establecidos en el artículo 92.2.b) de la Ley 21/2003 y en la Disposición transitoria séptima y el Anexo VIII, apartado 6, de la Ley 18/2014. Que, al contrario de lo que hacen otros reguladores europeos para la separación y asignación de costes entre los diferentes servicios aeroportuarios, la CNMC rechaza aplicar una metodología basada en la propia contabilidad analítica del gestor aeroportuario. En cambio, propone utilizar una nueva metodología que, aparte de estar erróneamente definida y estructurada, no incluye ningún precedente regulatorio que avale su aplicación, ni para el sector aeroportuario ni para ningún otro sector regulado.

ACETA propuso que, en tanto sea de aplicación el sistema de "Doble Caja", se establezca un tope inferior para los costes de las áreas comerciales que se fije en relación con los ingresos comerciales generados y que establezca que estos costes no puedan ser inferiores, por ejemplo, al 75% de los ingresos comerciales. Este tope limita el ratio (ingresos comerciales)/(costes comerciales) a 1,33, o lo que es lo mismo, el margen de esta actividad no superaría el 33 % de los costes asignados.

La Asociación de líneas Aéreas mostró su conformidad, en líneas generales, con lo expuesto en el Informe de la CNMC sometido a consulta. Si bien, mantiene el criterio de que el modelo de "single till" es más eficiente y ajustado a la realidad de los aeropuertos españoles, incluido su desarrollo histórico de financiación teniendo en cuenta la diversidad de sus características y sus volúmenes de negocio. Y, si se mantiene la aplicación del modelo de "Dual Till", se plantea un ajuste en el modelo de costes y su distribución entre ambas actividades de forma equilibrada, teniendo en cuenta que "las tarifas aeroportuarias tienen efectos en la demanda de servicios aeroportuarios" y que la actividad comercial resulta beneficiada de las inversiones del "lado aire", sin las que carecen de sentido las inversiones del lado tierra en las Terminales; así como una compensación de los ingresos comerciales a los ingresos aeronáuticos, teniendo en cuenta que la actividad aeronáutica constituye, en definitiva, un factor determinante de la actividad comercial, tanto cuantitativa como cualitativamente, por lo que ésta debe contribuir a la amortización y sostenimiento de las instalaciones que hacen posible la actividad.

La entidad easyJet apoya el objetivo de la CNMC de analizar el actual desequilibrio en la asignación de costes entre las actividades aeronáuticas y no aeronáuticas de AENA, que le permite, como la CNMC demuestra claramente, conseguir un beneficio excesivo, y también conduce a unas tasas aeroportuarias más altas, la reducción del número de pasajeros de los aeropuertos e impacta a la actividad económica. Considera que el modelo de caja única es el enfoque correcto para el establecimiento de las tasas aeroportuarias. Pide la CNMC que reconsidere su enfoque conservador, ya que el análisis apoya claramente un ajuste más grande que el que se ha propuesto y que aclare el impacto que tendrá el ajuste propuesto en los márgenes comerciales, ya que consideramos que un pequeño ajuste de este tipo puede no abordar adecuadamente el riesgo de beneficios excesivos.

Jet2.com alegó que deberían ser considerados los siguientes puntos:

1. Incluir una variable en el modelo econométrico que capture el valor añadido a la economía del país del pasajero en los aeropuertos turísticos.
2. Incluir parking en las actividades comerciales, ya que junto con el edificio terminal es donde se produce la complementariedad entre la actividad de transporte de pasajeros y la actividad comercial.



3. Limitar la rentabilidad total de las actividades del modelo Dual Till a un máximo sostenible de acuerdo con niveles globales.

Con fecha 17 de febrero de 2015, la CNMC se dirige a AENA solicitando información sobre determinados datos, "en el marco del procedimiento de actualización de las prestaciones patrimoniales públicas de AENA S.A. para el año 2016, la supervisión del cumplimiento de lo previsto en el artículo 92.2. de la Ley 21/2003 , y por lo tanto de la correcta separación e imputación de los costes asociados a las actividades que originan las prestaciones patrimoniales de carácter público y a las actividades relacionadas con los precios privados de las áreas terminales.

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 . "*

DÉCIMO: 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.

Por lo tanto, no cabe apreciar vicios procedimentales en tal actuación, puesto que la actuación de la Comisión, que concluye con el referido Acuerdo, no supone una propuesta de actualización de las prestaciones patrimoniales públicas ni de revisión tarifaria, ni se anticipa indebidamente a la presentación por AENA de su propuesta, para su sometimiento a supervisión por la CNMC.

Por otra parte, la predeterminación de los criterios establecidos en el Acuerdo de abril de 2015 ningún efecto vinculante tuvo para AENA, que presentó propuesta de congelación tarifaria para 2016, prescindiendo de dichos criterios.

Y basta con examinar los términos del Acuerdo para concluir que lo que hace es adoptar una metodología para estimar los costes que generan las actividades comerciales y fijar criterios a aplicar en el procedimiento de supervisión que incumbe a la Comisión. A ello responde que, en las conclusiones del apartado VI, cuando se refiere a la futura propuesta de AENA, se hace en la forma condicional, utilizando expresiones como *"debería tomar en cuenta", "debería separar"*.

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.

UNDÉCIMO: 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, sí 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. Por el contrario, en el mencionado apartado 3 se prevé que la propuesta del gestor se haya efectuado prescindiendo del procedimiento contemplado en el artículo 98 de la Ley 21/2003, de Seguridad Aérea , en cuyo caso se le concederá 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 el supuesto de que las propuestas de modificación o actualización de las tarifas aeroportuarias presentadas por el gestor aeroportuario cumplan los criterios establecidos, se dispone que la CNMC remitirá al órgano competente para su inclusión en el anteproyecto de ley que corresponda, las propuestas del gestor aeroportuario. Y, en caso contrario, la CNMC comunicará al gestor aeroportuario la modificación tarifaria revisada o, en su caso, los criterios que habría de seguir para que la propuesta garantice el cumplimiento de lo dispuesto en el párrafo anterior y el plazo para presentar la nueva propuesta ajustada a dichos criterios.

En esta última situación , si el gestor aeroportuario no presenta nueva propuesta, con arreglo a lo establecido por la Comisión, ésta remitirá la modificación tarifaria revisada que proceda al órgano competente para su inclusión en el anteproyecto de ley que corresponda; haciendo constar de forma clara y precisa la modificación tarifaria propuesta por dicha Comisión, así como el punto de vista del gestor aeroportuario.

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.

DUODÉCIMO: En atención a lo dispuesto en el art. 139.1 LJCA , procede la condena en costas a la parte recurrente.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

Que **desestimamos** el recurso contencioso administrativo interpuesto por la Procuradora **D^a. Lucía Agulla Lanza** , en nombre y representación de **AENA, SA** , contra los Acuerdos de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, de fechas 23 de abril de 2015 y 30 de junio de 2015, a los que la demanda se contrae, que confirmamos.

Con condena en costas a la actora.

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