



Roj: **SAN 2365/2019** - ECLI: **ES:AN:2019:2365**

Id Cendoj: **28079230082019100348**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **8**

Fecha: **05/06/2019**

Nº de Recurso: **427/2015**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **MERCEDES PEDRAZ CALVO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **AUDIENCIA NACIONAL**

**Sala de lo Contencioso-Administrativo**

### **SECCIÓN OCTAVA**

**Núm. de Recurso:** 0000427 / 2015

**Tipo de Recurso:** PROCEDIMIENTO ORDINARIO

**Núm. Registro General:** 05591/2015

**Demandante:** TCI LUXEMBOURG S.Á.R.L

**Procurador:** SRA. VILLAESCUSA SANZ

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

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

**Abogado Del Estado**

**Ponente Ilma. Sra.:** D<sup>a</sup>. MERCEDES PEDRAZ CALVO

### **SENTENCIA N<sup>o</sup>:**

**Ilmo. Sr. Presidente:**

D. FERNANDO LUIS RUIZ PIÑEIRO

**Ilmos. Sres. Magistrados:**

D. ERNESTO MANGAS GONZÁLEZ

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

D. JOSÉ ALBERTO FERNÁNDEZ RODERA D<sup>a</sup>. ANA ISABEL GÓMEZ GARCÍA

Madrid, a cinco de junio de dos mil diecinueve.

**Vistos** los autos del recurso contencioso-administrativo **núm. 427/2015** que ante esta Sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido la Procuradora **Sra. Villaescusa Sanz** en nombre y representación de **TCI LUXEMBOURG S.Á.R.L** frente a la Administración del Estado defendida y representada por el Sr. Abogado del Estado, contra la Resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 23 de julio de 2015, por la que se aprueba la propuesta de modificación tarifaria de Aena, S.A. para 2016 y se establecen las medidas que deberán adoptarse en futuros procedimientos de consulta. Han comparecido como codemandados la Procuradora **Sra. Gramage Lopez** en nombre y representación de **ASOCIACION DE LINEAS AEREAS**. La Procuradora **Sra. Arauz de Robles Villalon** en nombre y representación de **ASOCIACION DE COMPAÑIAS ESPAÑOLAS DE TRANSPORTE AEREO (ACETA)**



. El Procurador **Sr. Codes Feijoo** en nombre y representación de **RYANAIR, LTD** . El Procurador **Sr. Pinto-Marabotto Ruiz** en nombre y representación de **INTERNATIONAL AIR TRANSPORT ASSOCIATION-IATA** . La cuantía es indeterminada. Ha sido Ponente la Magistrado D<sup>a</sup> MERCEDES PEDRAZ CALVO .

## I.- ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO** .- La recurrente indicada interpuso el día 21 de septiembre de 2015 ante esta Sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional.

Por providencia de 25 de septiembre de 2015 se admitió a trámite el recurso y se acordó reclamar el expediente administrativo.

**SEGUNDO** .- La Sala dictó auto el día 11 de abril de 2016 acordando suspender la tramitación del recurso hasta que se dicte sentencia por el Tribunal Supremo en el recurso de casación interpuesto por la ahora actora contra sendos autos dictados por la Sala en el recurso 237/2015.

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

**TERCERO** .- En el momento procesal oportuno la parte actora formalizó la demanda mediante escrito de 30 de abril de 2013 en el cual, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de rigor, terminó suplicando se dicte sentencia por la que se estime el recurso y "*( 1) declarando que la Resolución recurrida es contraria a Derecho; (2) anulando los apartados Primero, Segundo y Tercero de su parte dispositiva; y (3) declarando y reconociendo el derecho de AENA a ser compensada con cargo al sistema de tarifas aeroportuarias, y en la forma precisada en el párrafo final del Fundamento Quinto del presente escrito, en la cuantía del daño que la Resolución recurrida le ha ocasionado, cuantificado en la cifra de 683,97 millones de euros.*"

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

La codemandada INTERNATIONAL TRANSPORT ASSOCIATION-IATA contestó a la demanda igualmente para oponerse a la misma y solicitar se acuerde en su día inadmitir el recurso, o subsidiariamente, desestimar dicho recurso, dejando expuestos cuantos fundamentos de hecho y de derecho consideró de aplicación.

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

La representación procesal ASOCIACIÓN DE LÍNEAS AÉREAS (ALA), igualmente solicita se dicte sentencia por la que, desestimando íntegramente la demanda, se confirme la resolución impugnada.

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

Igualmente, y a propuesta de la parte codemandada ACETA se tuvo por reproducido el expediente administrativo.

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

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

## II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO**- Es objeto de impugnación en el presente recurso contencioso-administrativo la resolución dictada por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia el día 23 de julio de 2015 por la que se aprueba la propuesta de modificación tarifaria de AENA, S.A. para 2016 y se establecen las medidas que deberán adoptarse en futuros procedimientos de consulta.

En concreto se impugnan los tres primeros apartados del resuelve:

*"PRIMERO.- 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 .

**SEGUNDO.-** 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 . Dicha propuesta consiste en:

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

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

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

Como prevé la disposición transitoria cuarta apartado tercero de la Ley 18/2014 , la propuesta así configurada es conforme a lo dispuesto en el artículo 92 de la LSA y en la disposición transitoria sexta, apartado 1 de la Ley 18/2014 . Asimismo, resulta justificada de acuerdo con las previsiones contenidas en los planes directores, las demandas de tráfico, los requerimientos y necesidades de las compañías usuarias de los aeropuertos y los estándares de calidad, y que responde a criterios de no discriminación, objetividad y transparencia y garantiza la sostenibilidad de la red.

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

Como recoge la propia resolución en sus antecedentes de hecho, la misma tiene por objeto la supervisión del procedimiento de transparencia y consulta a que ha sometido AENA S.A. su propuesta de actualización de las prestaciones patrimoniales públicas para el año 2016, así como la supervisión de su contenido.

Como igualmente menciona la CNMC era el cuarto informe de supervisión que se realiza desde la entrada en vigor de la Ley 1/2011, de 4 de marzo, que modificó la Ley 21/2003, de 7 de Julio de Seguridad Aérea e introdujo un procedimiento de transparencia y consulta previo a las modificaciones de las tarifas aeroportuarias y un nuevo marco de supervisión de las mismas y el segundo que lleva a cabo la CNMC desde su creación por la ley 3/2013.

**SEGUNDO** - . La recurrente ejercita dos pretensiones: una de declaración de nulidad de la resolución recurrida y en concreto de sus apartados 1, 2 y 3. Y otra de reconocimiento de su derecho a una compensación económica por importe de 683,97 millones de euros.

En relación con la pretensión primera, la demanda comienza por señalar que " *No trata el presente recurso, por tanto, de impugnar las tarifas aeroportuarias que rigieron durante el ejercicio de 2016; dichas tarifas fueron definitivamente aprobadas por la Ley de Presupuestos Generales del Estado para dicho ejercicio (Ley 48/2015, de 29 de octubre), que obviamente escapa a la competencia de esta Jurisdicción. Su objeto exclusivo es la declaración de disconformidad a Derecho de la Resolución aquí impugnada, de 23 de julio de 2015, y de sus fundamentos técnico-económicos que fueron asumidos íntegramente, por imperativo legal, por el Gobierno de la Nación e incorporados sin alteración alguna al proyecto de Ley de Presupuestos para 2016.* "

Igualmente señala que los motivos de impugnación son distintos de los planteados en el recurso 237/2015 pues allí solamente se oponen al método de cálculo de los costes operativos de AENA mientras que en este recurso se oponen al nuevo criterio de cálculo incorporado por la CNMC, el referido a la determinación del importe del déficit que las tarifas actualizadas ocasionan a las cuentas de AENA, y además reclaman una indemnización.

La actora detalla las fuentes de ingreso de AENA, que serían básicamente tres, las tarifas aeroportuarias, los ingresos por la explotación de espacios públicos en las terminales y los que obtiene por prestar servicios fuera de las terminales. Las tarifas aeroportuarias son prestaciones patrimoniales públicas y los otros ingresos son precios privados.

El *primer motivo* de impugnación se centra en la falta de documentación administrativa suficiente que, a su juicio, revelaría o bien una defectuosa tramitación o bien una indefensión.

El *segundo motivo* de impugnación se fundamenta en la ausencia de competencia de la CNMC para dictar la resolución impugnada.



Considera la actora que " *La CNMC carece de competencia para dictar la Resolución aquí recurrida, en cuanto sus contenidos exceden manifiestamente de los propios que le permite la función de supervisión que le encomiendan las leyes. Ciertamente, la CNMC es formalmente competente para dictarlo, pero en absoluto con el contenido que pretende darle, que excede abiertamente de los límites de la función que la Ley 18/2014 le atribuye.* "

El tercer motivo de impugnación se fundamenta en que la resolución impugnada infringe manifiestamente el principio de confianza legítima, al suponer un cambio de criterio ilegal, imprevisible e infundado de los parámetros utilizados para realizar el cálculo de las tarifas aeroportuarias, contenidos en el artículo 92 de la Ley 21/2003 .

En relación con la pretensión indemnizatoria se alega que la resolución impugnada ha causado a la empresa de la que es accionista la recurrente, un perjuicio, y en concreto que la disminución de la cuantía de las tarifas aeroportuarias en el año 2016 conlleva un daño patrimonial directo, como consecuencia de los menores ingresos que ha obtenido AENA en dicho ejercicio económico por la retribución de sus servicios aeroportuarios. La estimación precisa de dicho daño patrimonial se recoge en el Informe pericial de la compañía Argon Consultores concluyendo que el daño patrimonial que la Resolución impugnada ha causado a AENA se debe restituir mediante el reconocimiento a favor de ésta del derecho a percibir con cargo al sistema tarifario aeroportuario un importe de 683,97 millones de euros, suma de las cifras anteriormente indicadas de 46,26 y 637,71 millones de euros.

Ligados a estos motivos de impugnación se encuentran los argumentos económicos:

- . Déficit a recuperar, real o estimado, con especial incidencia en cuanto a la decisión jurisdiccional en el importe de la suma reclamada como perjuicio.
- . Cálculo de los costes del gestor aeroportuario, con especial relevancia de la correcta separación de los costes comerciales y aeroportuarios de AENA y la imputación a unos u otros de los costes.
- . Separación de los costes: método single till frente al método dual till, metodología y criterios de reparto.

En su escrito de conclusiones, resume con referencia al recurso 237/2015 las dos cuestiones que, a su juicio, son objeto de debate: " *la forma legalmente correcta de distribuir los costes incurridos por AENA en sus actividades reguladas (aeroportuarias) y no reguladas (comerciales) y la fórmula de calcular el déficit causado como consecuencia de las limitaciones impuestas a las tarifas aeroportuarias por la normativa vigente.* "

La primera se habría debatido "exhaustivamente" en el otro recurso, por lo que su escrito se centra en la naturaleza y cálculo del déficit al que alude el artículo 92.1 de la Ley de Seguridad Aérea (LSA). Concluye que " *todos y cada uno de los expertos que han acudido a valorar la presente controversia han concluido en un sentido unánime: la metodología empleada por la CNMC es arbitraria, incorrecta y adolece de evidentes defectos que la invalidan, puesto que no sigue el modelo de caja doble, exigido por la norma de vigente aplicación.* "

En segundo lugar, si el déficit provocado por el tope legal impuesto al aumento de las tarifas aeroportuarias (finalmente el 0%) al que la LSA alude es el realmente producido en la marcha de la empresa en cada ejercicio (déficit ex post, tesis defendida por la CNMC) o, por el contrario, el inicialmente previsto para el ejercicio siguiente en cada proceso de actualización de las tarifas aeroportuarias (déficit ex ante o prospectivo, como AENA y mi mandante afirman). El perito de la parte ha afirmado que no es posible calcular las tarifas teniendo en cuenta el déficit real.

En cuanto a la competencia de la CNMC, puede, sin duda, supervisar el procedimiento de consulta y transparencia llevado a cabo por AENA, así como velar porque las tarifas aeroportuarias se apliquen de forma no discriminatoria, pero no sustituir los criterios de cálculo contenidos en dicha propuesta por otros considerados económicamente más "acertados" o "convenientes". Ninguna norma le atribuye un poder indeterminado que le permita sustituir las cifras y cálculos que la empresa pública haya propuesto.

La resolución recurrida es recurrible.

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

- . La recurrente considera erróneo el método de cálculo de los costes, singularmente en cuanto al cálculo del extracoste de las actividades comerciales efectuado por la CNMC a los fines de la separación de costes aeroportuarios y comerciales que viene impuesta por el modelo dual till (fundamento tercero).
- . Considera asimismo erróneo el método de cálculo del déficit de AENA, en esencia al considerar que el déficit a recuperar por dicha compañía debería ser el calculado ex ante, y no el déficit en que realmente se hubiera incurrido (fundamento cuarto).



- Como consecuencia de dichos errores de la CNMC, el perjuicio para AENA habría sido de 683,97 millones de euros, que se habrían de recuperar a través del sistema tarifario, y no por vía de responsabilidad patrimonial (fundamento quinto).

En primer lugar se opone a la alegación de falta de información administrativa, recordando los sucesivos acontecimientos habidos en la tramitación del expediente administrativo.

En relación con el método de cálculo de los costes, recuerda que TCI discrepa del criterio económico empleado por la CNMC para distribuir costes comunes entre las actividades aeroportuaria y comercial que se desarrollan simultáneamente en las terminales aeroportuarias. La CNMC ha rechazado el criterio de los metros cuadrados que ocupa cada actividad, empleado por AENA, al considerar que lleva a la infravaloración de los costes de las actividades comerciales. En aplicación de tales criterios, la Resolución impugnada fijó un ajuste de 69,8 millones de euros. TCI considera el razonamiento de la CNMC artificioso y técnicamente insostenible y el defensor de la Administración opone que siendo claro que solo con los metros cuadrados no es suficiente para determinar esos costes tiene todo el sentido, en base a las competencias ostentadas por la CNMC complementar ese criterio con aquellos que se consideren más adecuados. La CNMC no habría indicado en ningún momento que AENA deba dejar de aplicar ese criterio, sino que, simplemente, lo complementa con otros de acuerdo con lo indicado en su Acuerdo de 23 de abril.

Continúa señalando que no se puede sostener la afirmación de que la estimación de costes realizada por la CNMC no se basa en ningún cálculo, documento o informe que permita avalar su veracidad, cuando el Acuerdo de 23 de abril de 2015, impugnado por TCI, contiene varios apartados (apartado IV.2, apartado IV.3 y apartado IV.4, páginas 18 a 28 del acuerdo), además de un Anexo (Anexo 2 sobre el modelo econométrico), donde se identifican de manera transparente, objetiva y trazable, los cálculos realizados por la CNMC para la estimación de los costes a incluir en las actividades comerciales que no habían sido recogidos en el modelo contable de AENA.

Continúa alegando que la CNMC respeta escrupulosamente el mecanismo de caja doble legalmente establecido y únicamente realiza un ajuste en el reparto de costes imputables a las actividades comerciales y reguladas en las áreas terminales, de forma que no se recuperen, vía tasas aeroportuarias, costes que son generados por las actividades comerciales de AENA. En consecuencia, la CNMC en su Resolución de 23 de julio aplicó con todo rigor el porcentaje previsto en la disposición transitoria séptima de la Ley 18/2014, por lo que no puede decirse que se ha vulnerado la metodología de aplicación del dual till.

En conclusión, la CNMC es competente para supervisar el reparto de costes propuesto por AENA y proponer su modificación.

Respecto del sistema de cálculo del déficit, no pudo sorprender al accionista de AENA el criterio de la CNMC, puesto que el mismo se fijó con mucha anterioridad y en la Resolución recurrida no se incorporó ningún factor de ajuste adicional al contrario de lo que afirma la demandante. Carece de justificación técnico-económica, es el reconocimiento de un déficit sobre la base de un déficit estimado y no real.

Por último, en relación con el importe reclamado, recuerda que la pretensión del demandante, según lo indicado, es doble: (i) que se le reconozca el déficit prospectivo y (ii) que se le compense por la cuantía de las prestaciones que AENA dejó de ingresar en el año 2016 por no haber aplicado una variación tarifaria del 0%. Considera que si se hubiera aplicado una variación tarifaria de un 0% (DT 6ª de la Ley 18/2014), habría sido precisamente para recuperar los 308,1 millones de euros de déficit prospectivo que se había estimado ex ante. Pero la demandante pretende no solo que se le compense por el déficit prospectivo, sino también que se le indemnice por las prestaciones que AENA dejó de ingresar, es decir: pretende cobrar dos veces por el mismo concepto.

En su escrito de conclusiones, el Abogado del Estado señala que la CNMC no se ha extralimitado en sus competencias, que no se puede confundir el marco regulatorio en que se dictó la Resolución recurrida con el aplicable en la actualidad (DORA) ni desde el punto de vista de las competencias de la CNMC ni del carácter prospectivo de la regulación económica.

A continuación expone detalladamente los argumentos por los que considera que el informe pericial de parte no puede prosperar: ha consistido principalmente en un ejercicio teórico que sería explicado en facultades de economía y libros de estadística; no propone una forma de actuar o una solución alternativa más robusta ni un resultado matemático diferente.

No puede considerarse vulnerado el principio de confianza legítima porque no hay cambio de criterio de la Administración "sorpresivo".



De la lectura del art. 92.2.c) de la LSA resulta tanto del término "posible" como del "producido", que es un déficit que no se puede determinar "a priori" o "ex ante" hasta que no se conozca el resultado real de aplicación de las tarifas. Un déficit estimado ex ante no puede resultar un déficit producido ya que, cuando se determina, y aunque resulte una redundancia, este no se ha producido, es decir, es un déficit potencial.

**CUARTO-** . La representación procesal de la codemandada **ASOCIACIÓN DE COMPAÑÍAS ESPAÑOLAS DE TRANSPORTE AÉREO (ACETA)**, en su escrito de contestación a la demanda alega lo siguiente: respecto al marco procesal y al procedimiento de actualización de las tarifas de AENA, el marco procesal y el procedimiento legalmente aplicable en este supuesto está claramente definido, y se regula en la Disposición Transitoria Cuarta de la Ley 18/2014 , por cuanto nos encontramos en la actualización de tarifas aplicables al 2016, es decir, en el periodo anterior a la aplicación del Documento de Regulación aeroportuaria (DORA) aplicable a los periodos posteriores; y en los artículos 92 y 98 de la Ley 21/2003, de Seguridad Aérea (LSA), en cuanto a la aplicación de la fórmula de actualización de tarifas y al procedimiento de consultas que, entre AENA y los diferentes agentes del sector (entre ellos las compañías aéreas y asociaciones) ha de seguirse para dicha actualización.

La CNMC, tanto en la resolución recurrida como en las que la preceden ha profundizado, señalando las razones por las cuales estima que el déficit a tener en consideración, es el realmente producido y no el prospectivo, como pretende la demandante.

La CNMC ha dejado claro al ámbito competencial dentro del cual se ha dictado la resolución impugnada, así como el escrupuloso seguimiento del procedimiento legalmente establecido.

El procedimiento de actualización tarifaria se regula en las citadas normas ( Disposición Transitoria Cuarta de la ley 18/2014 y LSA, arts. 92 y 98 ) y ese, y no otro, es el procedimiento al que la CNMC, en ejecución de las competencias que tiene legamente asignadas, se ha ajustado para dictar la Resolución recurrida.

Las resoluciones dictadas tanto por la propia CNMC, como por otros órganos (DGAC, CRFA) en años anteriores, relativas a procedimientos de actualización de tarifas de otras anualidades, por más que hubiesen aprobado las propuestas de AENA, no pueden ser utilizadas como un argumento de actos propios, ni como una vulneración del principio de confianza legítima, ya que, ni parten de los mismos supuestos fácticos (AENA no estaba privatizada, la situación económica, y por lo tanto la de ingresos y gastos no es igual, las previsiones de pasajeros no son iguales...etc) ni tienen por qué tener el efecto de suponer un precedente a seguir en la Resolución CNMC.

En el escrito de conclusiones sostiene que la Resolución CNMC se debe entender enmarcada 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 Disposición Transitoria Cuarta de la Ley 18/2014 . En síntesis, la Resolución CNMC recurrida se debe entender comprendido dentro de las funciones de supervisión de las modificaciones o actualizaciones que, anualmente (y en concreto en el caso del presente recurso, la propuesta de actualización para el 2016) debe tramitarse conforme a lo establecido en la Ley 18/2014 y en la LSA. La intervención de la CNMC no responde sino a la actuación que a dicho organismo le corresponde según el ordenamiento jurídico.

Igualmente en cuanto al fondo insiste en la conformidad a derecho del acto administrativo impugnado.

**QUINTO-** . La representación procesal de la codemandada **INTERNATIONAL TRANSPORT ASSOCIATION-IATA** reitera su alegato de inadmisibilidad del recurso considerando que:

a)- La Resolución recurrida no pone fin al procedimiento: en el contexto del poder de supervisión de la actualización de tarifas aeroportuarias, dicho procedimiento de actualización de tarifas y consulta pública debe ser considerado como una fase inicial del procedimiento para revisar las tarifas de 2016, que solo terminará una vez que el Parlamento adopte su decisión.

En todo caso, el procedimiento culminaría solo con la adopción de la norma que da fuerza normativa y exigibilidad a las propuestas formuladas siguiendo el procedimiento de consulta que el legislador considere deba incluir en la norma.

b) - La Resolución recurrida carece de contenido decisorio: la única facultad de la CNMC en esta materia es supervisar el procedimiento de consulta para la revisión de las tarifas aeroportuarias, lo que incluye la adopción de cualquier medida de mejora de la transparencia de dicho procedimiento en beneficio de todas las partes afectadas. El contenido decisorio lo tendría en su caso la norma finalmente aprobada por el órgano competente al que la CNMC remite la información relevante para su decisión e inclusión en la Ley que corresponda pero nunca la Resolución que propone en el contexto del procedimiento de consulta, la propuesta de la CNMC.



La Resolución recurrida por TCI fue adoptada dentro en el marco de las funciones de supervisión de la CNMC y por ello carece de contenido decisorio de manera que pudiera ser objeto de recurso contencioso-administrativo.

En relación con el acceso al expediente, la normativa europea y nacional relativa al acceso a la documentación interna de los órganos supervisores como la CNMC es clara y confirma que no se ha producido ninguna violación en este caso.

En cuanto a la competencia de la CNMC para dictar la resolución impugnada, el Acuerdo de 23 de abril se adoptó a partir de los siguientes fundamentos legales: el artículo 10 de la Ley 3/2013, el artículo 92.2 de la LSA, la Resolución de la CNMC de 11 de septiembre de 2014 y la Consulta pública de 17 de diciembre. Si bien el Acuerdo se limita a referirse genéricamente al artículo 10, la CNMC puede, en el contexto de su labor de supervisor, dictar resoluciones para mejorar en el futuro el procedimiento de consulta y actualización anual de las tarifas aeroportuarias.

En cuanto a la alegada violación del principio de confianza legítima, el hecho de que la Administración no hubiera decidido introducir modificaciones en las propuestas de AENA en el pasado, no puede interpretarse de modo que la CNMC se vincule en el futuro para no hacerlo. Ello privaría de contenido a su obligación de actuar como supervisor de la actualización de tarifas aeroportuarias. Es más, ello privaría de la misma necesidad de la existencia de un organismo supervisor.

En cuanto al método de cálculo de los costes de AENA, considera que es la cuestión crucial del recurso 237/2015 y debe resolverse en el seno del mismo, si bien realiza distintas consideraciones relativas a la conformidad a derecho del referido método y recuerda la jurisprudencia relativa a las decisiones técnicas de la Administración: está limitada a los supuestos de desviación de poder, arbitrariedad y ausencia de toda posible justificación del criterio adoptado por, entre otros, acreditación de patente error. En este caso, es una decisión técnica la relativa a los criterios establecidos por la CNMC respecto a la separación de costes entre actividades públicas y comerciales, y AENA pretende una evaluación alternativa a la de la CNMC que coincida con sus propuestas dictadas al margen de los principios aplicables, en especial el del artículo 92.2 LSA.

No puede pretenderse que la Resolución recurrida (y/o el Acuerdo de 23 de abril de 2015) se encuentre en alguno de los tres supuestos enunciados por la jurisprudencia para poder invalidar una decisión técnica.

Por último, respecto del método de cálculo del déficit, la ahora actora no recurrió la Resolución de 11 de septiembre de 2014 que es la que dispone por primera vez que el déficit recuperable debe calcularse considerando costes incurridos y no prospectivos. IATA considera que estas resoluciones de la CNMC no son actos recurribles, como ha alegado en su alegación primera de la presente contestación. Pero si la Sala desestima dicha alegación, entonces debe concluirse que AENA y TCI debieron recurrir la Resolución de 11 de septiembre de 2014 y la falta de recurso significaría la firmeza de la Resolución y del principio que establece respecto a los costes incurridos para calcular el déficit.

Insiste en que el acto administrativo no es recurrible, y en que la CNMC goza de habilitación legal expresa para dictar la resolución: el ordenamiento habilita expresamente a la CNMC para verificar si la propuesta de actualización de AENA se adecúa al principio de objetividad, lo cual no se cumpliría si AENA ha calculado erróneamente sus costes. En efecto, la contabilidad de costes de AENA y la debida separación entre costes correspondientes a actividades públicas o privadas respectivamente resulta un elemento esencial para realizar la actualización de tarifas.

**SEXTO-** La representación procesal de la codemandada **ASOCIACIÓN DE LÍNEAS AÉREAS (ALA)** considera que el acto administrativo impugnado es conforme a derecho. La CNMC, en el proceso de supervisión de la propuesta de AENA, para la propuesta de revisión de tarifas en el ejercicio 2.016, actuó, como órgano de supervisión, conforme a las exigencias legales establecidas en la normativa aplicable en esos momentos (dentro del régimen transitorio establecido por la Ley 48/2015).

La decisión del órgano de supervisión, en la resolución objeto de este recurso, de aplicar una reducción del 1,9 %, para el ejercicio 2.016, igualmente ha de considerarse ajustado a Derecho y dentro de las facultades y competencias de supervisión que, en esos momentos, tenía atribuidas el citado órgano por la legalidad aplicable, señalando específicamente la Directiva 2009/12/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 2009, relativa a las tasas aeroportuarias.

En cuanto a la cuestión del déficit, considera que no es admisible un déficit teórico, sino que habiendo sido establecido por el órgano supervisor, en su resolución de 11 de septiembre de 2014 (no recurrida por el Gestor Aeroportuario -AENA-, ésta resolución fue plenamente admitida por AENA.



En cuanto a la alegación de la recurrente, en el sentido de que la decisión de la CNMC (en la resolución objeto de este recurso) debió de ser asumida íntegramente, "... por imperativo legal...", por el Gobierno, en su proyecto de Ley de Presupuestos para 2.016, cabe señalar que el órgano legislativo que tenía la plena competencia para aprobar o no la actualización de tarifas, conforme a la propuesta de AENA, o, en su caso, la propuesta del órgano de supervisión, no era ni la CNMC, ni el Gobierno, sino las Cortes Generales, como, efectivamente, así hace éste último en la Ley de aprobación de esos presupuestos.

Las competencias del órgano de supervisión, tiene su fundamento original en lo establecido en la mencionada Directiva 2009/12/CE transpuesta al ordenamiento español a través de la Ley 1/2011, que modifica la Ley de Seguridad Aérea. En dicha norma comunitaria las funciones del órgano de supervisión independiente se definen en la medida de la posibilidad real de revisión de costes e ingresos en que incurre el Gestor Aeroportuario en la prestación de los servicios aeroportuarios. La supervisión tarifaria establecida en la citada Directiva 2009/12/CE, no es meramente un acto formal, sino que tiene una finalidad garantista de la correcta fijación de las tarifas aeroportuarias, conforme a los principios fijados por el art. 11 de la Directiva.

Respecto de la reclamación de cantidad, señala que en el proceso que se sigue ante esta misma Sala, bajo el número de autos 355/2015, la propia AENA, S.A., realizando la impugnación de la misma resolución de 23 de julio de 2.015, no hace solicitud alguna, en el suplico de su demanda, de compensación económica alguna derivada de la citada resolución, cuando lo lógico, en caso de prosperar la impugnación de dicha resolución, y siguiendo hipotéticamente los criterios expuestos por la aquí recurrente, es que AENA, S.A. fuera quien solicitara esa compensación. Esto a su juicio pone en tela de juicio la "legitimidad de la aquí recurrente para el ejercicio de la citada acción".

En trámite de conclusiones alega la inadmisibilidad del recurso por falta de legitimación activa dado que carece de derecho o interés legítimo propio y diferente del de la propia AENA S.A. y debe inadmitirse.

En cuanto al fondo, TCI no puede pretender imponer a la CNMC, autoridad supervisora independiente, sus propios criterios que son expuestos a través de un perito. Además, los criterios seguidos por la CNMC quedaron perfectamente justificados desde un punto de vista jurídico y económico en el Acuerdo de 23 de abril de 2015 no siendo criterios arbitrarios o injustificados por lo que no pueden ser desechados en base a los criterios interesados de TCI. Esta resolución aquí impugnada se ha dictado siguiendo el procedimiento legalmente establecido.

La Resolución de 11 de septiembre de 2014 de la Sala de Supervisión regulatoria de la CNMC 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 no fue impugnada y la CNMC se está limitando a aplicarla.

**SÉPTIMO-** En primer lugar, procede resolver la causa de inadmisión alegada por la representación procesal de la codemandada, INTERNATIONAL TRANSPORT ASSOCIATION- IATA.

IATA manifiesta que la Resolución de la CNMC de julio de 2015, al igual que las resoluciones de abril y junio, no constituyen actos susceptibles de recurso porque no es la CNMC quien adopta la decisión final sino el Parlamento en la Ley de Presupuestos. Resulta claro a juicio de esta parte que la Resolución recurrida no contiene ninguna declaración de voluntad resolutive 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

Si bien en relación con otros actos administrativos, la decisión de la CNMC de 23 de abril de 2015 por el que se adoptan criterios sobre la separación de los costes de las actividades aeroportuarias y comerciales de los aeropuertos de AENA, relacionado con el que es objeto de este recurso, la Sala llegó a una solución en esta línea en sus autos de 29 de julio de 2015 y 10 de noviembre de 2015.

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

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

*"En efecto, aunque se trata de un juicio provisional -como corresponde cuando no se está resolviendo la controversia de fondo sino, únicamente, sobre la admisión del recurso contencioso-administrativo-, todo indica que el acuerdo de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia que es objeto de impugnación no constituye propiamente un acto de supervisión ni de control, habida cuenta que la propuesta de AENA no se había producido aun cuando se dictó aquel acuerdo, tratándose más bien de una acto con vocación normativa o reglamentaria, pues aunque no se denomine así lo que con él se persigue es establecer, con pretensión de*





*obligatoriedad, instrucciones sobre cómo debe hacer AENA sus propuestas de actualización de tarifas. Y siendo ello así, ninguna razón se aprecia para afirmar que se trata de un acto no susceptible de impugnación."*

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

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

La representación procesal de ASOCIACION DE LINEAS AEREAS introduce en el escrito de conclusiones una cuestión nueva, la inadmisión por falta de legitimación activa de la recurrente.

El Tribunal Supremo en su jurisprudencia, y en concreto en la reciente sentencia de 27 de septiembre de 2018 , ha establecido que en los escritos de conclusiones no pueden plantearse cuestiones no suscitadas en los escritos de demanda y contestación, porque, en definitiva, si la pretensión, delimitada por la petición y su fundamentación básica, se formuló en la demanda y la oposición a la pretensión en la contestación a aquella, completando, así, con la prueba practicada la instrucción del proceso, el trámite de conclusiones no puede tener otra finalidad que presentar al Tribunal el resumen sucinto de las respectivas posiciones acerca de los hechos alegados, de las pruebas, en su caso, practicadas, y de los argumentos jurídicos esgrimidos, circunscribiéndose a lo ya discutido, sin poder adicionar o proponer "cuestiones nuevas".

En todo caso, en la sentencia dictada el pasado día 3 de junio en el recurso 237/2015 se analizó esta causa de inadmisión del recurso en idéntica situación respecto de la misma recurrente, y fue desestimada.

**OCTAVO-** Se alega por la parte actora que el procedimiento administrativo fue irregular, en cuanto la CNMC hizo pública en su página web, el 17 de diciembre de 2014, una *" Consulta Pública relativa a la propuesta de ajuste de los costes imputables a las actividades comerciales de los aeropuertos de Aena, S.A. "*

El corolario de esta actuación, sobre la que en todo caso se alega es "irregular" pero no se alega que consecuencias lesivas para los derechos de la ahora recurrente haya podido tener, es la resolución de 23 de abril de 2015, objeto del recurso contencioso-administrativo num. 237/2015 resuelto para desestimarlos por la sentencia dictada por esta Sala el pasado día 3 de junio de 2019. Dado que en la misma fueron actora demandado y codemandados exactamente los mismos empresas y Administración General del Estado, la Sala considera puede remitirse a lo entonces resuelto, sin merma alguna de los derechos de defensa de las partes.

Se alega igualmente la insuficiencia de la "documentación administrativa" que se puso a su disposición para formalizar la demanda, cuestión que se solventó en su momento mediante la decisión adoptada en relación con la solicitud de ampliación del expediente relativa a los documentos declarados confidenciales a solicitud de AENA. Dicha cuestión fue resuelta por diligencia de ordenación de diecisiete de enero de dos mil dieciocho en la que por el Letrado de la Administración de Justicia de esta Sección se resolvió literalmente *" no ha lugar al complemento del expediente solicitado, toda vez que como la parte actora indica los documentos en dicho escrito cuya ampliación solicita tienen la consideración de confidenciales debiendo en el plazo que le resta formular la demanda "*.

La misma contenía la correspondiente indicación de recursos pero devino firme.

**NOVENO-** En el fundamento jurídico tercero del escrito de demanda, se señala literalmente:

*"Las discrepancias que esta parte mantiene con la CNMC en torno al cálculo de los costes fueron expuestas con detenimiento en nuestra demanda formalizada en el P.O. 237/2015, ya citado, cuyos términos hemos de dar por reproducidos aquí. Nos limitaremos, en consecuencia, a resumir su contenido, justificando adicionalmente el importe del perjuicio que la ilegal actuación de la CNMC ha causado a AENA."*

Y continúa señalando:

*<<La absoluta inconsistencia técnica de toda esta argumentación se encuentra razonada y demostrada en los informes periciales que se acompañaron a nuestra demanda en el recurso 237/2015, a los que nos remitimos; no insistiremos en ello. En este momento, procede adicionalmente cuantificar correctamente el importe del impacto que supone la aplicación del criterio de la CNMC en cuanto a dicho extracoste, cuya cifra representa el perjuicio efectivamente causado a AENA. A tal efecto, hemos solicitado, y aportamos a los autos como documento adjunto n.º 3, un completo Informe Pericial elaborado por la firma ARGON Consultores Económico-Financieros, S.L. ("ARGON").*



*En el Informe Pericial se analiza igualmente, con carácter previo a la estimación del perjuicio o daño sufrido por AENA como consecuencia de la aplicación de nuevos criterios y la consiguiente disminución de las tarifas, la razonabilidad -o más bien, la completa falta de ella- del criterio aplicado por la CNMC, llegándose a las mismas conclusiones que los informes periciales acompañados a la demanda en el recurso 237/2015. Señala, concretamente el Informe Pericial como conclusión final (previamente desarrollada en el apartado 3 del mismo), lo siguiente: "Aunque hubiera una relación entre el número de viajeros y el ingreso comercial, la estimación por la CNMC de un supuesto extra-coste de las actividades comerciales a partir del establecimiento de un margen comercial estimado, sin aportar ninguna referencia y justificación, carece de toda lógica económica".>>*

Antes de proseguir analizando estas alegaciones es preciso recordar, como lo hace la resolución impugnada, que AENA realiza una propuesta tarifaria para 2016 de congelación de tarifas. Esta propuesta se realiza ignorando:

- 1-. la resolución de la CNMC de 11 de septiembre de 2014 relativa a la información que debía aportarse en el procedimiento de consulta;
- 2-. la aplicación de los datos de déficit producido a efectos de su capitalización y acumulación;
- 3-. los criterios de aplicación del artículo 92 de la Ley 21/2003 contenidos en el mencionado Acuerdo de la CNMC de 23 de abril de 2015, y mediante Acuerdo de fecha 30 de junio de 2015.

Como consecuencia, la CNMC comunicó a Aena la propuesta de modificación tarifaria revisada para 2016 y le concedió un plazo de diez días para ajustar a la misma su propuesta de PPP y subsanar las deficiencias detectadas durante el procedimiento de consultas así como para, en su caso, aportar su punto de vista, en aplicación de lo dispuesto en el apartado 3 de la disposición transitoria cuarta de la Ley 18/2014 .

Adicionalmente se requirió a Aena la justificación de los ingresos comerciales incluidos en la fórmula de actualización así como del crecimiento de tráfico esperado para 2015.

La actuación administrativa se enmarca en las previsiones de la Disposición Transitoria Cuarta de la ley 18/2014 , siendo el último ejercicio de supervisión de las tarifas aeroportuarias anterior a la entrada en vigor del DORA.

En este marco PRE-DORA la CNMC comprueba la correlación entre los ingresos y los costes medios por pasajero de los servicios correspondientes a cada una de las PPP en el conjunto de la red de Aena, a partir de los datos de la contabilidad analítica del ejercicio 2014, y señala que para dar cumplimiento al art. 32.4 de la ley 18/2014 Aena deberá ajustar cada una de las PPP para compensar mediante los ingresos obtenidos por las tasas, los costes incurridos en la prestación de cada una de ellas.

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

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

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

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

.....

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

.....

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



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

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

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

La divergencia se encuentra, en parte, en la definición de los elementos de esta fórmula: hay que partir de la base de que el precepto regula todos los conceptos, incluso define cada uno de los epígrafes componentes de la fórmula. Como recuerda el Abogado del Estado, basta con leer el precepto para comprobar las dificultades inherentes a estos cálculos. Y no basta, como resulta de la tesis actora, con tomar en consideración el número de metros cuadrados que ocupa cada actividad en un espacio compartido para determinar los costes comunes a las actividades reguladas y comerciales.

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

Se alega la "inconsistencia técnica" de los criterios utilizados por la CNMC para fijar un coeficiente que concrete la relación entre los ingresos comerciales y el número de pasajeros.

Se aporta un informe pericial elaborado a instancias de la recurrente por Argon Consultores, en febrero de 2017, el cual tiene la misión fundamental de establecer el "daño patrimonial" causado en AENA como consecuencia del modo en que la CNMC ha calculado las tarifas aeroportuarias correspondientes al año 2016, y "el déficit de tarifa generado como consecuencia de la aprobación de dichas tarifas".

El informe resume las diferencias de criterio entre las partes:

"(i) los criterios de imputación de costes, defendiendo por la CNMC un criterio diferente al planteado por AENA en su propuesta, y (ii) la estimación del Déficit de AENA, cuyo cálculo se realiza por ésta con el criterio ex-ante (déficit predictivo) mientras que la CNMC los realiza con el criterio ex-post (déficit real)."

El punto de partida es una afirmación inicialmente apodíctica, que luego se trata de fundamentar: todo esto que la CNMC no ha hecho bien le ha causado daño a AENA y en consecuencia a su accionista mayoritario, la ahora recurrente.

Tras realizar diversas consideraciones, el informe señala que la fórmula del art. 92 ley 21/2003 implica que el cálculo de las tarifas litigiosas lleva implícito el ajuste por déficit en cada año, que la consideración del déficit es prospectivo, al igual que tiene carácter prospectivo el criterio de "recuperación de costes". Continúa señalando como debe hacerse la fijación de las Tarifas, y como debe realizarse la estimación del eventual déficit de Aena.

El informe está conforme con un dato fundamental: hay una relación entre el número de viajeros y el ingreso comercial, esto al perito le parece "evidente". En lo que disiente, en una inversión de la carga de la prueba carente de todo fundamento legal, es en el hecho de que la CNMC "no aporta datos que evidencien que los sobrecostes de las actividades comerciales vayan más allá de la superficie que ocupan" (pag. 17 in fine).

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

Frente a la propuesta de congelación de AENA la CNMC recuerda que hay un nuevo marco regulatorio y que determinados parámetros deben modificarse.

En la sentencia dictada el pasado día 3 de junio en el recurso 237/2015 la Sala analizó la justificación de las conclusiones alcanzadas en la decisión de 23 de abril, señalando:



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

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

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

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

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

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

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

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

El Anexo II recoge el modelo econométrico."

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

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



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

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

En este caso, los fundamentos fácticos tomados en consideración por el informe se apartan de lo establecido al efecto en la ley de Seguridad Aerea para el periodo relevante, no apreciándose ni la denunciada falta de justificación de los parámetros utilizados por la CNMC ni error ni irrazonabilidad, incluyendo la Administración en el anterior acuerdo de 23 de abril cuantos elementos justifican la decisión, tanto en el propio acuerdo como en los anexos.

**DÉCIMO-** La actora continúa alegando en el fundamento jurídico cuarto que se ha modificado de forma arbitraria el déficit tarifario acumulado en los ejercicios anteriores.

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

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

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

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

*"En este sentido, debe destacarse que el artículo 92.2.c) de la LSA, cuando se refiere a la recuperación del posible déficit generado entre 2013 y 2018 mediante la capitalización del mismo desde el momento de su generación al de su cobro efectivo a una tasa equivalente al coste medio ponderado de capital antes de impuestos de Aena, alude a que se trata del déficit producido consecuencia del "incremento real que llegara a aplicarse". Al emplearse el término "incremento real", la norma se está refiriendo a datos reales que permitan determinar los ingresos y costes efectivos de la compañía y, por tanto, el importe real de déficit (no el estimado a partir del exceso de la fórmula sobre los máximos legales). Así pues, el déficit se "genera" de modo efectivo en el momento en que se*



conozca el "incremento real" de las tarifas que deberían haberse aplicado en un determinado ejercicio a la vista de los datos reales de ingresos y costes.

Por ello, esta Comisión considera que, sin perjuicio de las estimaciones realizadas en ejercicios de supervisión anteriores por el CRFA, el déficit que debe recuperarse en ejercicios posteriores es el déficit real incurrido por Aena . 8.

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

**UNDÉCIMO-** En el fundamento sexto de la demanda, pag. 25 se alega la ausencia de competencia de la CNMC para dictar la resolución impugnada, por cuanto sus contenidos exceden manifiestamente los propios de la función de supervisión que le encomiendan las leyes.

Su competencia sería exclusivamente formal, pero carecería de ella en relación con el contenido que pretende darle.

La propia resolución impugnada recoge el fundamento de su competencia:

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

*En el ejercicio de esta función de supervisión, en el plazo de 4 meses desde la presentación de la propuesta de actualización tarifaria de Aena, la CNMC deberá dictar un Acuerdo sobre la modificación tarifaria trasladándolo a las partes del procedimiento de consulta y al órgano competente para su incorporación, en sus estrictos términos, al anteproyecto de Ley que corresponda para la aprobación de los Presupuestos Generales del Estado. Dicho Acuerdo podrá consistir en la admisión de la propuesta del gestor aeroportuario o en la presentación de una propuesta alternativa tras haber dado un plazo a Aena para subsanar y/o adecuar su propuesta original a los criterios indicados por la CNMC.*

*Conforme a lo dispuesto en el apartado 3 de la disposición transitoria cuarta de la Ley 18/2014 , el contenido de la supervisión de la CNMC consiste en la verificación de que la propuesta de actualización de las PPP para 2016 se ha realizado con sujeción al procedimiento de consultas previsto en el artículo 98 de la LSA . Asimismo, la CNMC debe supervisar que la propuesta de actualización tarifaria cumple con lo dispuesto en el artículo 92 de la LSA , aplicando los límites de incremento máximo de cuantías de las tarifas aeroportuarias establecidos en la disposición transitoria sexta apartado 1. Finalmente, la CNMC deberá comprobar, de oficio, si la propuesta resulta justificada, de acuerdo con las previsiones contenidas en los planes directores, las demandas de tráfico, los requerimientos y necesidades de las compañías usuarias de los aeropuertos y los adecuados estándares de calidad, así como si responde a los criterios de no discriminación, objetividad, transparencia y si garantiza la sostenibilidad de la red."*

La disposición transitoria cuarta de la Ley 18/2014 recoge las normas transitorias en relación con las tarifas hasta la aplicación del primer DORA.

En su apartado 3 establece:

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

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

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



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

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

..."

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

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

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

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

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

En el fundamento jurídico séptimo de la demanda, pag. 30, se alega la infracción manifiesta del principio de confianza legítima por la CNMC. Su resolución supone un "cambio de criterio ilegal, imprevisible e infundado de los parámetros utilizados para realizar el cálculo de las tarifas aeroportuarias"

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

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

Pero el principio en cuestión no puede amparar creencias subjetivas de los administrados que no se vean respaldadas por la obligación de la Administración de responder a esa confianza con una conducta que le venga impuesta por normas o principios de derecho que le obliguen a conducirse del modo que espera el demandante, en base a esa pretendida confianza.

Como ya se señaló en la sentencia que resuelve el recurso contra los acuerdos de 23 de abril de 2015, por el que se adoptan criterios sobre la separación de los costes de las actividades aeroportuarias y comerciales de los aeropuertos de AENA, S.A. y de 30 de junio de 2015 por "el que se aprueba comunicar a Aena, S.A. las modificaciones que debe incorporar a la propuesta de prestaciones patrimoniales públicas para el ejercicio 2016 y se le concede un plazo para subsanar las deficiencias detectadas durante el procedimiento de la consulta.", los precedentes claramente anunciaban el cambio: la propia Resolución de septiembre de 2014 adelanta que se está analizando la asignación de los costes entre las actividades no sujetas a regulación y las



PPP y la intención de someter sus conclusiones a consulta pública. Y la consulta pública se realiza antes de la salida a Bolsa de AENA, es decir, antes de que se materializara la inversión de la recurrente en la compañía.

Los hechos externos de la Administración eran lo suficientemente concluyentes como para no inducir a la actora a considerar que las propuestas tarifarias de AENA iban a ser aceptadas por la CNMC, o para mantener una convicción racional y fundada de que pese a las modificaciones legales las circunstancias de determinación de las tarifas iban a permanecer inmutables.

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

**DUODÉCIMO-** . El corolario de la pretensión principal es una pretensión de indemnización pues la recurrente alega que las decisiones administrativas han causado a su mandante un decremento patrimonial considerable: una pérdida de ingresos que tiene un doble origen, de una parte, el déficit no debidamente recuperado conforme al sistema previsto en la Ley 18/2014; y, de otra, la disminución de la cuantía de las prestaciones patrimoniales públicas que AENA dejó de ingresar en el año 2016.

La desestimación de la pretensión principal hace innecesario el estudio de la pretensión resarcitoria.

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

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

## FALLAMOS

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

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

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