



Roj: **STS 5518/2016** - ECLI: **ES:TS:2016:5518**

Id Cendoj: **28079130032016100496**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **19/12/2016**

Nº de Recurso: **132/2016**

Nº de Resolución: **2666/2016**

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **EDUARDO CALVO ROJAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## SENTENCIA

En Madrid, a 19 de diciembre de 2016

Esta Sala ha visto el recurso de casación nº **132/2016** interpuesto por TCI LUXEMBOURG S.A.R.L., representada por la Procuradora D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> Concepción Villaescusa Sanz, contra el auto de la Sección 8<sup>a</sup> de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 29 de julio de 2015, confirmado en reposición por auto de 10 de noviembre de 2015, en el que se acuerda inadmitir el recurso contencioso-administrativo 237/2005 interpuesto por aquella entidad mercantil. Se han personado en las presentes actuaciones, como partes recurridas, la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO, representada y asistida por el Abogado del Estado, INTERNATIONAL AIR TRANSPORT ASSOCIATION (IATA), representada por el Procurador D. José Luis Pinto Marabotto, ASOCIACIÓN DE LÍNEAS AÉREAS (ALA), representada por la Procuradora D<sup>a</sup> Cristina Gramaje López, ASOCIACIÓN DE COMPAÑÍAS ESPAÑOLAS DE TRANSPORTE AÉREO (ACETA), representada por la Procuradora D<sup>a</sup> Ana María Aráuz de Robles Villalón, y RYANAIR, LTD, representada por el Procurador D. Eduardo Codes Feijoo.

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

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** La Sección 8<sup>a</sup> de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional dictó auto con fecha 29 de julio de 2015, luego confirmado en reposición por auto de 10 de noviembre de 2015, en el que se acuerda inadmitir el recurso contencioso-administrativo 237/2005 interpuesto por la entidad mercantil TCI Luxembourg S.A.R.L. contra el acuerdo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, Sala de Supervisión Regulatoria, 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.

En la fundamentación del acuerdo administrativo impugnado, tras los antecedentes y fundamentos que allí se recogen, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia expone las siguientes conclusiones:

<< (...) VI. 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 fa 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.

Por cuanto antecede, y de conformidad con el artículo 10 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, y a los efectos de la aplicación del apartado 3 de la disposición transitoria cuarta de la Ley 18/2014, la Sala de Supervisión Regulatoria, al objeto de velar por la correcta separación y asignación de los costes asociados a las actividades reguladas y comerciales vinculadas a las áreas terminales de AENA>>.

Y tras esa exposición de conclusiones, la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia 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 >>.

**SEGUNDO.-** Mediante auto de 29 de julio de 2015 la Sala de la Audiencia Nacional declaró inadmisibile el recurso contencioso-administrativo. De la fundamentación de dicho auto interesa reproducir ahora los siguientes fragmentos:

<< (...) SEGUNDO.- La parte actora reconoce el carácter de acto de trámite del impugnado pero sostiene que reúne los requisitos de recurribilidad establecidos en el art. 25 de la ley jurisdiccional. Ello porque tienen carácter vinculante y efectos jurídicos inmediatos, no es en absoluto fruto del ejercicio de una mera función consultiva, y produce efectos inmediatos y directos en la propuesta de actualización tarifaria establecida en la Disposición Transitoria Cuarta de la ley 18/2014.

Los codemandados, al igual que el Abogado del Estado, consideran que la resolución impugnada no reúne los requisitos que en virtud del precepto legal citado permiten la interposición de un recurso contencioso-administrativo contra un acto de trámite.

TERCERO.- [...]

La doctrina y la jurisprudencia han establecido que para determinar si un acto es o no de trámite, hay que examinar el contenido real del mismo y los efectos jurídicos que se derivan de dicho acto administrativo.

El acuerdo impugnado tiene por objeto adoptar los criterios a seguir, a partir del ejercicio 2016, y la metodología 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. Se expone en el acuerdo el mecanismo de regulación económica de las tasas aeroportuarias, el mecanismo de actualización anual de las mismas, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 92.2 LSA, indicando los parámetros a los que debe ajustarse la propuesta de AENA

para la correcta imputación de costes, y concretamente para "velar por la correcta separación y asignación de los costes asociados a las actividades reguladas y comerciales vinculadas a las áreas terminales de AENA".

Y ello en ejercicio de las competencias de supervisión y control de las tarifas aeroportuarias que le atribuye a la Comisión el artículo 10 de la Ley 3/2013, a los efectos de la aplicación del apartado 3 de la disposición transitoria cuarta de la Ley 18/2014. Contiene el acuerdo dos anexos en los que incorporan las alegaciones presentadas por los distintos agentes, así como la respuesta que a las mismas se da y no han sido incorporadas en lo que la Comisión, en el primer párrafo del Anexo I, califica de "Cuerpo del Informe". También en el primer párrafo del Anexo II se considera "informe" el acuerdo dictado.

[...]

Pues bien, no cabe duda, a juicio de la Sala, de que el acuerdo recurrido se dicta por la Comisión en ejercicio de la función que, en materia de tarifas aeroportuarias, le atribuye el apartado 2 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."

A diferencia de lo establecido en el apartado siguiente (3) del mismo artículo, en el que le 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.

Efectivamente, la disposición transitoria cuarta de la Ley 18/2014, de 15 de octubre, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia, establece normas transitorias en relación con las tarifas hasta la aplicación del primer Documento de Regulación Aeroportuaria (DORA). Se establece el procedimiento de actualización de las tarifas, que incluye un procedimiento de consulta, una propuesta de modificación a presentar ante la CNMC, que ha de someter a supervisión el procedimiento de consulta y transparencia, debiendo comprobar si la propuesta está justificada, con base en los criterios que se establecen en la norma. En caso de que la Comisión entienda, tras el oportuno trámite de subsanación, que la propuesta presentada no es admisible, debe remitir la propuesta de modificación tarifaria que proceda al órgano competente para su incorporación al anteproyecto de ley. En caso de que la propuesta del gestor se considere ajustada a lo previsto en la norma de aplicación, se remitirá la propuesta del gestor aeroportuario.

En el párrafo quinto del apartado 3 de la mencionada disposición transitoria se añade que:

*"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."

Añade el apartado 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."*

No cabe colegir de esta última norma que la "propuesta" de la CNMC, incorporada al proyecto de ley, tenga carácter vinculante para el legislador, sino que, por el contrario, la modificación o actualización de las tarifas se somete a la tramitación parlamentaria, pudiendo ser modificada mediante la presentación de enmiendas.

Con fundamento en las consideraciones expuestas, la Sala concluye que el acto administrativo impugnado no es recurrible en vía contencioso-administrativa conforme a lo dispuesto en el artículo 25 de la ley jurisdiccional, procediendo en consecuencia la inadmisión del recurso>>

Contra este auto de 29 de julio de 2015 la representación de TCI Luxembourg S.A.R.L. interpuso recurso de reposición que fue desestimado por la Sala de la Audiencia Nacional por auto de 10 de noviembre de 2015. De la fundamentación de este segundo auto interesa destacar aquí el fundamento jurídico cuarto:

<< (...) CUARTO-. Se alega igualmente que el auto fundamenta su conclusión en la confusión entre el procedimiento administrativo de actualización tarifaria y el procedimiento legislativo de aprobación de la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado.

El examen del expediente administrativo pone de manifiesto lo siguiente:

- El día 17 de diciembre de 2014 se presenta la "Consulta pública relativa a la propuesta de ajuste de los costes imputables a las actividades comerciales de los aeropuertos de AENA S.A."

En el documento se indica con claridad que el procedimiento se inicia al amparo de las competencias de la Dirección de Transportes del sector postal de la CNMC al amparo del art. 25 del R.D. 657/2013 (b) *Elevar al Consejo propuestas de resolución en materia de supervisión y control en materia de tarifas aeroportuarias, y singularmente en las competencias previstas en el artículo 10 de la Ley 3/2013, de 4 de junio* )

El día 17 de febrero de 2015 la CNMC se dirige a AENA y le recuerda cuales son las funciones que le atribuye la ley 3/2013: de supervisión y control de las tarifas portuarias, y como la D.T. 4 de la ley 18/2014 establece el alcance de dicha supervisión. Nuevamente se indica tal función de supervisión en la resolución de 23 de abril de 2015..

La recurrente alega que no es una decisión de supervisión del procedimiento de transparencia y consulta. A su juicio se trata de una extralimitación de las funciones que la ley otorga a la CNMC. Así se habría dictado una resolución que vincula a la recurrente y le obliga a tomar en consideración determinados criterios para calcular los costes y con una consecuencia jurídica, pues se entenderá que la propuesta no se adapta al apartado 2 de la DT 4 de la ley 18/2014. Si bien reconoce "una cierta indefinición jurídica" del acto administrativo impugnado, concluye que tal naturaleza "confusa" no puede suponer una frustración del derecho a impugnarlo ya que crea una "realidad jurídica".

La resolución impugnada no puede considerarse, en contra de lo alegado por la recurrente, equivalente a una instrucción o circular, tal y como las mismas son reguladas en el art. 21 de la ley 30/1992. En este sentido, es irrelevante para el supuesto enjuiciado la conclusión alcanzada por el Tribunal Constitucional sobre su recurribilidad, que en la sentencia 47/1990 vinculó a la posible lesión "real y actual" de algún derecho fundamental de los entonces recurrentes, los Profesores de Religión en Centros Públicos.

La Sala no aprecia la materialización de efectos jurídicos en la esfera de derechos de la parte actora que se denuncia. Lo único que ha tenido lugar es una modificación puntual de la propuesta de AENA y dado que tal modificación ha tenido lugar en el marco del procedimiento descrito y analizado en el auto impugnado, no puede sostenerse que si el acto administrativo hubiera mantenido literalmente la propuesta de AENA hubiera sido de mera supervisión y al haberla modificado parcialmente es un acto definitivo. La situación es idéntica en ambos casos si se toma en consideración que la propuesta se incorporará al anteproyecto de ley de Presupuestos, y es el Parlamento el que decidirá si se aprueba la versión supervisada, la original u otra distinta. Expresado en otros términos, se trata de una propuesta al legislador, y como tal, carece de carácter vinculante.

Como señalan las codemandadas, se trata de un de consulta y supervisión de las tarifas para el constituye una excepción al futuro régimen legal, de la D.T. citada.

Por las razones expuestas, la Sala considera impugnado es plenamente conforme a derecho confirmado>>.

**TERCERO.-** Contra los citados autos de 29 de julio y 10 de noviembre de 2015 la representación de TCI Luxembourg S.A.R.L. preparó recurso de casación y luego lo interpuso mediante escrito presentado el 27 de enero de 2016 en el que, tras exponer los antecedentes del caso, aduce tres motivos de casación, el primero al amparo del artículo 88.1.c/ de la Ley reguladora de esta Jurisdicción y los dos restantes invocando el artículo 88.1.d/ de la misma Ley. El contenido de estos motivos es, en síntesis, el siguiente:



1.- Infracción de las normas reguladoras de los actos y garantías procesales, con infracción del artículo 51 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso- Administrativa . Alega que no concurría el presupuesto del citado artículo 51, pues conforme al apartado 1 de ese precepto la inadmisión *a limine* de un recurso solo cabe "cuando conste de modo inequívoco y manifiesto" la existencia de una causa de inadmisibilidad, requisito que no concurre en el presente caso, como demuestra la extensión de los argumentos que la Sala de instancia tuvo que emplear para dictar su resolución, y las manifiestas infracciones legales en que incurre la resolución de la CNMC. Además, la Sala de instancia empleó la potestad que le confiere dicho precepto de forma irregular, pues, en primer lugar, las partes no pueden pedir formalmente la declaración de inadmisibilidad, como hizo el Abogado del Estado, ya que la incoación del incidente corresponde exclusivamente al órgano jurisdiccional; y, en segundo lugar, la providencia que se dictó dando trámite de audiencia a las partes no hacía alusión alguna al artículo 51, concedió para alegaciones un plazo distinto al previsto en el apartado 4 del artículo 51, y, además, en esa fecha la CNMC no había remitido aún el expediente administrativo.

2.- Infracción del artículo 25 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa al haberse aplicado e interpretado indebidamente el artículo 10 de la Ley 3/2013, de 4 de junio , de creación de la CNMC. Alega la recurrente que las funciones de supervisión que se dicen ejercidas por la CNMC se refieren al desarrollo del procedimiento de consulta y transparencia, de una parte, y al cálculo del IMAAJ, por otra, cuestiones que no son las que trata del Acuerdo de 23/4/2015, como demuestra el hecho de que la CNMC invoca, inespecíficamente, los poderes que le confiere el artículo 10 de su Ley de creación, sin mencionar en ningún momento el apartado 2 del mismo ni ningún otro apartado de ese artículo 10. Además, un poder de supervisión solo puede ejercerse respecto de algo que ya haya acaecido, o sobre un documento que haya sido presentado al órgano supervisor, y es evidente que en la fecha en la que se dicta el acuerdo impugnado AENA no había elevado a la CNMC propuesta alguna de actualización de tarifas. Por último, alega que el acuerdo impugnado no recomienda o sugiere sino que imparte un conjunto de instrucciones vinculantes sobre la forma y método que AENA habría de seguir para confeccionar sus propuestas de actualización de tarifas.

3.- Infracción del artículo 25 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa al aplicar e interpretar indebidamente lo dispuesto en la Disposición Transitoria Cuarta de la Ley 18/2014, de 15 de octubre . Aduce la recurrente que la Sala de instancia parte de la consideración de que la modificación de las tarifas aeroportuarias es, por naturaleza, producto de una decisión presupuestaria adoptada por el poder legislativo, y no es así. Las tarifas aeroportuarias son prestaciones patrimoniales públicas de naturaleza no tributaria, siendo la modificación de las tarifas una decisión puramente administrativa, conforme a las Leyes 21/2003 y 18/2014, que se adopta por el Consejo de Administración de AENA en base a unos complejos cálculos matemáticos, si bien este sistema se excepcionó para la actualización de las tarifas correspondientes al presente año por la DT 4ª de la Ley 18/2014 , exigiendo que el porcentaje final de modificación se determine en la Ley de Presupuestos Generales del Estado (para 2016), y la razón de esta salvedad es que el primer Documento de Regulación Aeroportuaria no sería aprobado ni entraría en vigor sino para el ejercicio 2017, siendo dicho documento la única vía admisible para modificar en lo sucesivo las tarifas antes fijadas por ley. Añade que el trámite que regula la DT 4ª de la Ley 18/2014 es un mero procedimiento administrativo al que se añade una ratificación legislativa sobre la cuantía de los porcentajes de actualización, que finaliza con la propuesta que la CNMC traslada al Ministerio de Fomento, pero que no es una propuesta, pues no puede ser modificada por éste ni por el Gobierno. Por último, considera que el Acuerdo de 23/4/2015 sería un acto de trámite, pero un acto de trámite cualificado, por cuanto pertenece a la categoría de los que deciden indirectamente el fondo del asunto, y lo decidió desde el momento en que en dicho acuerdo se comunica a AENA la metodología que había de seguir en su propuesta para que fuera aprobada.

El escrito de termina solicitando que se dicte sentencia en la que, estimando el recurso de casación, anulando los autos recurridos y declarando admitido el recurso contencioso-administrativo.

**CUARTO.-** El recurso de casación fue admitido a trámite por auto de la Sección Primera de esta Sala del Tribunal Supremo de 23 de junio de 2016 en la que asimismo se acuerda la remisión de las actuaciones a la Sección Tercera conforme a las reglas de reparto de asuntos.

**QUINTO.-** Recibidas las actuaciones en esta Sección Tercera, por diligencia de ordenación de 5 de septiembre de 2016 se acordó dar traslado a las partes recurridas para que formularan su oposición.

La representación procesal de la Administración del Estado formuló su oposición al recurso mediante escrito presentado el 10 de octubre de 2016; y en fechas sucesivas lo hicieron las representaciones procesales de las demás partes recurridas: International Air Transport Association (IATA) y Ryanair, LTD mediante sendos escritos presentados el 19 de octubre de 2016; Asociación de Compañías Españolas de Transporte Aéreo (ACETA) mediante escrito presentado el 20 de octubre de 2016; y Asociación de Líneas Aéreas (ALA) mediante escrito presentado el 21 de octubre de 2016.



**SEXTO.-** Quedaron las actuaciones pendientes de señalamiento para votación y fallo fijándose finalmente al efecto el día 13 de diciembre de 2016, fecha en que tuvo lugar la deliberación y votación.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** El presente recurso de casación nº **132/2016** lo interpone la representación de TCI Luxembourg S.A.R.L. contra el auto de la Sección 8ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 29 de julio de 2015, luego confirmado en reposición por auto de 10 de noviembre de 2015, en el que se acuerda inadmitir el recurso contencioso-administrativo 237/2005 interpuesto por la citada entidad mercantil contra el acuerdo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, Sala de Supervisión Regulatoria, 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.

En el antecedente primero hemos dejado reseñadas las "conclusiones" y la parte dispositiva del acuerdo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia objeto de impugnación; en el antecedente segundo han quedado transcritos varios fragmentos de la fundamentación de los autos -ahora recurridos- en los que se acuerda la inadmisión del recurso contencioso-administrativo; y, en fin en el antecedente tercero hemos resumido los motivos de casación que aduce la representación de TCI Luxembourg S.A.R.L.. Procede entonces que examinemos esos motivos de casación.

**SEGUNDO.-** El motivo de casación primero presenta algún defecto en su formulación, pues se dice amparado en el artículo 88.1.c/ de la Ley reguladora de esta Jurisdicción pero algunos de los reproches que allí formula la recurrente no aluden a defectos *in procedendo* sino, más bien, a la falta de concurrencia de la causa de inadmisión apreciada por la Sala de instancia (defecto *in iudicando*).

En todo caso, ciñéndonos aquí a las alegaciones en las que se denuncia la infracción de normas y garantías procesales, queda desde ahora señalado que el motivo no podrá ser acogido.

De un lado, carece de relevancia invalidante el hecho de que la providencia de la Sala de instancia que confirió el trámite de alegaciones sobre la posible causa de inadmisión no mencionase el artículo 51 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

De otra parte, el que se otorgase en aquella providencia un plazo de alegaciones de cinco días en lugar de los diez días que establece el precepto constituye una anomalía procedimental que no ha causado indefensión, pues la parte recurrente formuló sus alegaciones sin que conste que quedase mermado su derecho de defensa. Y, en todo caso, la parte recurrente no denunció el defecto ante la Sala de instancia ni pidió su subsanación en el momento procesal oportuno, lo que impide acoger el motivo de casación de conformidad con lo dispuesto en el artículo 88.2 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

**TERCERO.-** En el motivo de casación segundo se alega la infracción del artículo 25 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa por haber aplicado e interpretado indebidamente la Sala de instancia el artículo 10 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia.

Aduce la recurrente que las funciones de supervisión que se dicen ejercidas por la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia se refieren al desarrollo del procedimiento de consulta y transparencia, de una parte, y al cálculo del ingreso máximo anual por pasajero ajustado (IMAAJ), por otra, cuestiones que no son las que trata del Acuerdo de 23 de abril 2015, como demuestra el hecho de que la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia invoca de manera genérica los poderes que le confiere el artículo 10 de su Ley de creación, sin mencionar en ningún momento el apartado 2 ni ningún otro apartado de ese artículo 10. Además, señala la recurrente, un poder de supervisión solo puede ejercerse respecto de una actuación que ya se haya producido, o sobre un documento que haya sido presentado ante el órgano supervisor, y es evidente que en la fecha en la que se dicta el acuerdo impugnado AENA no había elevado a la CNMC propuesta alguna de actualización de tarifas. Por último, señala que el acuerdo impugnado no recomienda o sugiere sino que imparte un conjunto de instrucciones vinculantes sobre la forma y método que AENA habría de seguir para confeccionar sus propuestas de actualización de tarifas.

El motivo de casación debe ser acogido.

El artículo 51 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción contempla la posibilidad de acordar la inadmisión del recurso contencioso-administrativo en su fase inicial, entre otros supuestos, " *cuando constare de modo inequívoco y manifiesto: (...) c/ haberse interpuesto el recurso contra actividad no susceptible de impugnación* ". Por tanto, procede declarar la inadmisión en este momento inicial únicamente cuando la causa que se aduce conste "de modo inequívoco y manifiesto"; lo que no sucede en el caso que nos ocupa.



Para afirmar -tanto en el auto de inadmisión originario como en el desestimatorio del recurso de reposición- que el recurso contencioso-administrativo se dirige contra una actividad no susceptible de impugnación la Sala de instancia ha considerado necesario adentrarse en diversas disquisiciones y explicaciones sobre las atribuciones de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia en materia de supervisión y control de las tarifas aeroportuarias, incardinando en ellas la propuesta anual de ajuste de las tarifas de AENA que corresponde realizar a la citada Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia.

Esa exposición la lleva a cabo Sala de instancia de manera algo confusa, sin presentar con la debida separación el régimen normativo que corresponde al período transitorio pre-DORA ("Documento de Regulación Aeroportuaria") y el régimen definitivo, una vez aprobado el DORA, que es el llamado a regir la actualización de tarifas del año 2017 y siguientes. Y tras esa exposición escasamente clarificadora, los autos recurridos terminan afirmando, de manera apodíctica y sin un sustento argumental mínimamente consistente, que el acuerdo administrativo impugnado no es recurrible en vía contencioso-administrativo en virtud de lo dispuesto en el artículo 25 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción .

En los autos recurridos no queda debidamente razonada la afirmación de que el acuerdo impugnado es una actividad no susceptible de impugnación; y, desde luego, no cabe considerar que esa conclusión a que llega la Sala de instancia sea apreciable "de modo inequívoco y manifiesto". Más bien al contrario, las explicaciones claras y precisas -estas sí- que ofrece la representación de la parte recurrente en el escrito de interposición del recurso de casación apuntan en un sentido muy distinto.

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

**CUARTO.-** Queda entonces establecido que los autos recurridos deben ser casados y anulados, por acogimiento del motivo de casación segundo, resultando ya innecesario el examen del motivo tercero.

Por lo demás, las mismas razones que hemos expuesto al analizar el motivo de casación segundo nos llevan a concluir que el recurso contencioso-administrativo debe ser admitido a trámite.

**QUINTO.-** De conformidad con lo dispuestos en el artículo 139, apartados 1 y 2, de la Ley reguladora de esta Jurisdicción , no ha lugar a la imposición de las costas de este recurso de casación ni de las del proceso de instancia.

Vistos los preceptos citados, así como los artículos 86 a 95 de la Ley de esta Jurisdicción ,

## FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido :  
**1.-** Ha lugar al recurso de casación nº **132/2016** interpuesto en representación de TCI LUXEMBOURG S.A.R.L. contra el auto de la Sección 8ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 29 de julio de 2015 , confirmado en reposición por auto de 10 de noviembre de 2015 , en el que se acuerda inadmitir el recurso contencioso- administrativo 237/2005 interpuesto por aquella entidad mercantil, quedando ahora anulados y sin efecto los referidos autos. **2.-** Se acuerda admitir el recurso contencioso-administrativo 237/2005 interpuesto por la entidad mercantil TCI Luxembourg S.A.R.L. contra el acuerdo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, Sala de Supervisión Regulatoria, 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, debiendo la Sección 8ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional continuar la tramitación del referido recurso. **3.-** No hacemos imposición de las costas del recurso de casación.

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

Así se acuerda y firma.

D. Pedro Jose Yague Gil D. Eduardo Espin Templado D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat D. Eduardo Calvo Rojas Dª. Maria Isabel Perello Domenech D. Jose Maria del Riego Valledor D. Diego Cordoba Castroverde D. Angel Ramon Arozamena Laso



**PUBLICACION.-** Leída y publicada fue la anterior sentencia, estando constituida la Sala en Audiencia Pública, lo que certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ