

Roj: **STS 2390/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:2390**Id Cendoj: **28079130032017100252**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**Sede: **Madrid**Sección: **3**Fecha: **19/06/2017**Nº de Recurso: **4009/2015**Nº de Resolución: **1082/2017**Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**Ponente: **ANGEL RAMON AROZAMENA LASO**Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En Madrid, a 19 de junio de 2017

Esta Sala ha visto el presente recurso de casación núm. **4009/2015**, interpuesto por **AENA AEROPUERTOS, S.A.U.**, representada por la Procuradora de los Tribunales D. Lucía Agulla Lanza contra el auto de la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 29 de julio de 2015, confirmado en reposición por auto de 10 de noviembre de 2015, en el que se acuerda inadmitir el recurso contencioso-administrativo núm. 318/2015 interpuesto por aquella entidad mercantil. Han sido partes recurridas el Abogado del Estado en la representación que legalmente ostenta de la **ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO**, **RYANAIR, S.L.** representada por el Procurador de los Tribunales D. Eduardo Codes Feijoo, **ASOCIACIÓN DE LÍNEAS AÉREAS** representada por la Procuradora de los Tribunales D^a. Cristina Gramage López, **ASOCIACIÓN DE COMPAÑÍAS ESPAÑOLAS DE TRANSPORTE AÉREO (ACETA)** representada por la Procuradora de los Tribunales D^a. Ana María Araúz de Robles Villalón, **INTERNATIONAL AIR TRANSPORT ASSOCIATION-IATA** representada por el Procurador de los Tribunales D. José Luis Pinto-Marabotto e **EASYJET AIRLINE COMPANY LIMITED** representada por el Procurador de los Tribunales D. Antonio García Martínez.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Angel Ramon Arozamena Laso

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Sección Octava 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 núm. 318/2015 interpuesto por la entidad AENA AEROPUERTOS, S.A.U. (en adelante, AENA) 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 la PPP "Utilización de infraestructuras" en un importe de 27,9 millones de euros, que es la cifra que se obtiene de la aplicación de dicho modelo econométrico, según se expone en el apartado V del presente informe.

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:

«PRIMERO.- Plantea el Abogado del Estado la inadmisibilidad del recurso contencioso administrativo interpuesto contra el acuerdo de la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC, de 23 de abril de 2015, por entender que se trata de una propuesta sin contenido decisorio, en ejercicio de la función supervisora de la propuesta de actualización tarifaria presentada por AENA, que no es recurrible, correspondiendo la decisión en materia tarifaria al Parlamento en la Ley de Presupuestos para 2016. Añade que el acuerdo impugnado sólo refleja criterios de la Comisión en la materia, los cuales carecen de carácter vinculante no correspondiéndole al regulador la decisión en materia tarifaria.

En igual sentido se manifiestan las entidades arriba mencionadas, que entienden que el acuerdo recurrido no tiene encaje en ninguno de los supuestos del artículo 25 LJCA, (...).

AENA, como hemos dicho, se opone a la inadmisión invocada por Abogado del Estado, insistiendo que el acuerdo de 23 de abril de 2015 es un acto recurrible, en cuanto que los criterios adoptados son de carácter obligatorio, ponen fin a la fase administrativa del procedimiento de actualización de las tarifas aeroportuarias, siendo, en definitiva, actos administrativos de contenido decisorio plenamente recurribles. (...).

SEGUNDO.- (...)

Para determinar la naturaleza del acuerdo de la CNMC objeto del presente recurso, que no es otro que el de 23 de abril de 2015, hemos de analizar el contenido de dicho acuerdo y el marco competencial y procedimental en que se dicta.



El acuerdo 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 tarifarla 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 AENA 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 tercero:

«TERCERO. Las cuestiones las que se fundamenta el recurso de reposición son, efectivamente, reiteración de las alegaciones formuladas por AENA frente a la causa de inadmisión del recurso, invocada por el Abogado del Estado, a las que se da respuesta en el auto ahora recurrido. Sin que la Sala aprecie motivo para variar el criterio expuesto en dicho auto. Si conviene precisar que la invocación que hace la parte recurrente lo que denomina "régimen de recursos" establecido en el mencionado apartado 3 de la DT Cuarta de la Ley 18/2014, es claramente improcedente, pues tal precepto hace referencia a la relación entre las "asociaciones representativas de usuarios" y AENA, en relación con los recursos que corresponde resolver a la CNMC. Evidentemente, tal regulación no es trasladable al recurso jurisdiccional frente a los actos del regulador, sin que la cuestión merezca mayores comentarios. Y lo mismo cabe decir de la cita que se hace del supuesto al que se refería la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 marzo 2002, que según la parte recurrente se refería a "resoluciones de idéntica naturaleza", pues ni estamos aquí ante una "resolución" ni se trata de actos de la misma naturaleza.

Hemos de remitirnos a los fundamentos de la resolución ahora impugnada, cuya reiteración es innecesaria, manteniendo el criterio de que el acuerdo recurrido se dicta por la CNMC 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, careciendo el acuerdo de efectos vinculantes en orden a la determinación de las tarifas aeroportuarias, a realizar en la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado.

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.

En cuando a la denunciada vulneración de los artículos 51, 58 y 69 LJCA, también ha de rechazarse. Entiende el tribunal que no se ha producido vicio procedimental alguno, determinante de indefensión, por el hecho de haber abierto el incidente de inadmisión con motivo de la alegación que al respecto formuló el Abogado del Estado al contestar a la medida cautelar solicitada por AENA. Pues, planteada tal cuestión en la primera ocasión hábil para hacerlo, era pertinente resolverla con carácter previo a adoptar cualquier medida cuya trascendencia jurídica resulta evidente. En el incidente se oyó a la partes y se resolvió tomando en consideración sus alegaciones, dando especial respuesta a las formuladas por AENA.

En consecuencia, la Sala considera que el auto impugnado es plenamente conforme a derecho y debe ser confirmado».

TERCERO.- La Procuradora de los Tribunales D. Lucía Agulla Lanza, en nombre y representación de AENA, presentó con fecha 30 de noviembre de 2015 escrito de preparación del recurso de casación contra los citados autos de 29 de julio y 10 de noviembre de 2015.

La Secretaria Judicial de la Sección Octava de la **Sala de lo Contencioso-Administrativo** de la Audiencia Nacional acordó por diligencia de ordenación de fecha 14 de diciembre de 2015 tener por preparado el recurso de casación, remitir los autos jurisdiccionales de instancia y el expediente administrativo a la Sala Tercera del Tribunal Supremo y emplazar a las partes interesadas ante dicha Sala Tercera.



CUARTO.- La parte recurrente, presentó con fecha 3 de febrero de 2016 escrito de formalización e interposición del recurso de casación En el que, tras exponer los antecedentes del caso, aduce dos motivos de casación:

Primero. Por el cauce de la letra c) del artículo 88.1 de la LJCA , se denuncia la infracción por los autos impugnados de los artículos 51 , 58 y 69 de la LJCA y 24.1 de la Constitución , al haberse declarado la inadmisión del recurso contencioso-administrativo prescindiendo de la debida tramitación procesal.

Segundo. Por el cauce de la letra d) del artículo 88.1 de la LJCA , se denuncia la infracción de los autos impugnados de los artículos 1.1 y 25.1 de la LJCA , de los artículos 10 y 12.1.c) de la Ley 3/2013 y de la Disposición transitoria cuarta de la Ley 18/2014 ; todo ello en conexión con los artículos 24.1 y 106.1 de la Constitución y los artículos 51.1.c) , 58.1 y 69.c) de la LJCA , al haberse inadmitido el recurso contencioso-administrativo por entenderse que el Acuerdo de 23 de abril de 2015 no es un acto administrativo recurrible.

El escrito termina solicitando que se dicte sentencia por la que:

«(i) Con estimación del Motivo Primero del Recurso, revoque los Autos impugnados y, en virtud del artículo 95.2.c) de la ljc , acuerde reponer las actuaciones al estado y momento en que la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional debió resolver sobre la adaptación de las medidas cautelares solicitadas por mi representada; o

(ii) Con estimación del Motivo Segundo del Recurso, en virtud del artículo 95.2.d) de la LJCA , case y revoque los Autos impugnados y dicte Sentencia por la que acuerde la admisión a trámite el recurso contencioso administrativo interpuesto por AENA contra el Acuerdo de 23 de abril de 2015».

QUINTO.- El recurso de casación fue admitido a trámite por auto de la Sección Primera de esta Sala del Tribunal Supremo de 22 de septiembre 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.

SEXTO.- Recibidas las actuaciones en esta Sección Tercera, por diligencia de ordenación de 3 de noviembre de 2016 se acordó dar traslado a las partes recurridas para que formularsen su oposición.

El Abogado del Estado formuló su oposición al recurso mediante escrito presentado el 1 de diciembre de 2016; y en fechas sucesivas lo hicieron las representaciones procesales de las demás partes recurridas: International Air Tansport Association (IATA) mediante escrito presentado el 15 de diciembre de 2016; la Asociación de Líneas Aéreas (ALA) y la Asociación de Compañías Españolas de Transporte Aéreo (ACETA) mediante sendos escritos presentados el 20 de diciembre de 2016; Ryanair mediante escrito presentado el 21 de diciembre de 2016; quedando caducado en el trámite de oposición concedido a Easyjet Airline Company Limited.

SÉPTIMO.- Terminada la sustanciación del recurso, y llegado su turno, se señaló para deliberación, votación y fallo el siguiente día 13 de junio de 2017, fecha en la que tuvo lugar el acto .

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El presente recurso de casación núm. 4009/2015 lo interpone la representación de AENA AEROPUERTOS, S.A.U. contra el auto de la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 29 de julio de 2015 , luego confirmado en reposición por auto de 10 de noviembre de 2015 , en el que se acuerda inadmitir el recurso contencioso-administrativo núm. 318/2015 interpuesto por la citada entidad contra el acuerdo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), 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 de hecho primero hemos dejado reseñadas las "conclusiones" y la parte dispositiva del acuerdo de la CNMC objeto de impugnación; en el antecedente de hecho 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 enunciado los motivos de casación que aduce la representación de AENA. Procede entonces que examinemos esos motivos de casación.

Es imprescindible señalar que un asunto sustancialmente idéntico -recurso de casación núm. 132/2016- ha sido resuelto por sentencia de 19 de diciembre de 2016 , frente a autos de la misma fecha y de la misma Sección de la Audiencia Nacional y en relación con el mismo acuerdo de la CNMC de 23 de abril de 2015, entonces interpuesto por TCI Luxembourg S.A.R.L. y a lo que allí se dijo nos ajustaremos.

SEGUNDO.- El motivo de casación primero, amparado en el artículo 88.1.c) de la LJCA , denuncia la infracción por los autos impugnados de los artículos 51 , 58 y 69 de la LJCA y 24.1 de la Constitución , al haberse declarado la inadmisión del recurso contencioso-administrativo prescindiendo de la debida tramitación procesal.



El motivo no puede ser acogido.

Sostiene la recurrente que los autos recurridos incurren en un manifiesto error in procedendo, puesto que declaran la inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo interpuesto por AENA en un momento procesal absolutamente inadecuado. La Audiencia Nacional, dice ha inadmitido el recurso en el seno de una pieza y un trámite de medidas cautelares, sin que se hubiese remitido aún el expediente administrativo ni se hubiese formulado el escrito de demanda. A su juicio, los autos inadmiten el recurso sin conocer los antecedentes necesarios para comprender la naturaleza y alcance del acto administrativo impugnado, ni cuál es la pretensión que se va a invocar contra la actuación identificada en el escrito de interposición, que solo se podrá conocer con la presentación del escrito de demanda (artículos 51.1 y 56.1 de la LJCA).

En definitiva, sostiene que nos encontramos, pues, ante un momento claramente prematuro para la adopción de una decisión de inadmisión, de modo que se produce una manifiesta indefensión para AENA, en vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 de la Constitución).

Pues bien, en cuanto a que el incidente se inicie antes de la recepción del expediente administrativo carece de relevancia, aparte de la falta de indefensión y economía procesal en que se funda el auto recurrido, porque el incidente se inicia a la vista de parte del expediente administrativo cual es el acuerdo recurrido, que fue aportado por la recurrente con el escrito de interposición, y por consiguiente reconocido por ella. Siendo este acuerdo parte del expediente y suficiente para conocer de la posible inadmisibilidad del recurso.

Tampoco veda el artículo 51 que la declaración de inadmisión no pueda hacerse en el marco de un incidente de medidas cautelares, pues, por su propia naturaleza, la inadmisibilidad del recurso conllevará la de las medidas cautelares que hayan sido solicitadas.

Así, no se ha vulnerado el artículo 51 de la LJCA , pues se cumple la premisa fundamental del mismo, esto es, que -en principio- a la Sala le conste de modo inequívoco y manifiesto que el recurso se ha interpuesto contra actividad no susceptible de impugnación. Por otra parte, para llevar a cabo tal declaración, varias de las partes personadas efectuaron sus alegaciones en relación con la inadmisibilidad del recurso.

Otra cosa, como veremos, es el fondo de la impugnación y lo que diremos al examinar el motivo segundo.

Respecto a la vulneración de los artículos 58 y 69 de la LJCA , ni siquiera se fundamentan en el recurso de casación, pues se limita la recurrente a citar los artículos como vulnerados, pero sin desarrollar los motivos de tal alegación, no obstante lo cual, y por los mismos motivos indicados respecto al artículo 51, deben decaer dichas alegaciones.

Y, en todo caso, ninguna indefensión se ha ocasionado a la recurrente.

Este motivo carece en este caso de cualquier relevancia y debe rechazarse, como hemos anticipado. Sin perjuicio, del examen del artículo 51 en el siguiente motivo.

TERCERO.- En el motivo de casación segundo se alega la infracción de los artículos 1.1 y 25 de la LJCA y los artículos 10 y 12.1.c) de la Ley 3/2013 y de la Disposición transitoria cuarta de la Ley 18/2014 ; todo ello en conexión con los artículos 24.1 y 106.1 de la Constitución y los artículos 51.1.c), 58.1 y 69.c) de la LJCA , al haberse inadmitido el recurso contencioso-administrativo por entenderse que el Acuerdo de 23 de abril de 2015 no es un acto administrativo recurrible, en definitiva, 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.

Por las mismas razones expresadas en la sentencia de 19 de diciembre de 2016 -recurso de casación núm. 132/2016 -, el motivo debe ser estimado:

«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 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».

Queda entonces establecido que los autos recurridos deben ser casados y anulados, por acogimiento del motivo de casación segundo.

CUARTO.- 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 y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido : **Primero.-** Ha lugar al recurso de casación núm. 4009/2015 interpuesto por **AENA AEROPUERTOS, S.A.U.** contra el auto de la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 29 de julio de 2015 , confirmado en reposición por auto de 10 de noviembre de 2015 , en el que se acuerda inadmitir el recurso contencioso-administrativo núm. 318/2015 interpuesto por aquella entidad, quedando ahora anulados y sin efecto los referidos autos. **Segundo.-** Se acuerda admitir el recurso contencioso-administrativo núm. 138/2015 interpuesto por la entidad **AENA AEROPUERTOS, S.A.U.** 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 Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional continuar la tramitación del referido recurso. **Tercero.-** 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.



Pedro Jose Yague Gil Eduardo Espin Templado Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat Maria Isabel Perello Domenech Jose Maria del Riego Valledor Angel Ramon Arozamena Laso **PUBLICACIÓN**.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Excmo. Sr. D. Angel Ramon Arozamena Laso, estando constituida la Sala en Audiencia Pública, de lo que certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ