



Roj: **SAN 3564/2024 - ECLI:ES:AN:2024:3564**

Id Cendoj: **28079230062024100456**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **24/06/2024**

Nº de Recurso: **4/2020**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Derechos Fundamentales**

Ponente: **MIGUEL DE LOS SANTOS GANDARILLAS MARTOS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000004 /2020

Tipo de Recurso: DERECHOS FUNDAMENTALES

Núm. Registro General: 06694/2020

Demandante: Acciona Construcción, S.A.

Procurador: DOÑA GLORIA MESSA TEICHMAN

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. SANTOS GANDARILLAS MARTOS

SENTENCIA Nº :

Ilmo. Sr. Presidente:

D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. SANTOS GANDARILLAS MARTOS

D^a. MARIA JESUS VEGAS TORRES

Madrid, a veinticuatro de junio de dos mil veinticuatro.

Se ha visto el presente recurso contencioso-administrativo seguido por el procedimiento especial para la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales nº 4/20, promovido por la procuradora doña Gloria Messa Teichman en nombre y representación de **Acciona Construcción, S.A.** contra la resolución de 21 de julio de 2020, de la Dirección de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, mediante la cual se acordó la incoación del expediente sancionador S/0021/21.

Ha sido parte en autos la Administración demandada, representada y defendida por el Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Interpuesto el recurso y seguidos los oportunos trámites prevenidos por la Ley de la Jurisdicción, se emplazó a la parte demandante para que formalizase la demanda, lo que verificó mediante escrito en el que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimaba de aplicación, terminaba suplicando



se « [d]icte sentencia por la que acuerde estimar el presente recurso y, en consecuencia, anule el Acuerdo de Incoación [...]».

SEGUNDO.- El Abogado del Estado contestó a la demanda mediante escrito en el que suplicaba se dictase sentencia por la que se inadmitiese el recurso o, subsidiariamente, se desestimara, confirmando el acto recurrido en todos sus extremos.

TERCERO.- Emitido el preceptivo dictamen por el Ministerio Fiscal, y pendiente el recurso de señalamiento para votación y fallo cuando por turno le correspondiera, se fijó para ello la audiencia del día 12 de junio del año en curso, en que tuvo lugar.

Ha sido ponente el Ilmo. Sr. don Santos Gandarillas Martos, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- A través de este proceso Acciona Construcción, S.A. impugna la resolución de 21 de julio de 2020, de la Dirección de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, mediante la cual se acordó la incoación del expediente sancionador S/0021/21.

El acuerdo, en la relación de los antecedentes que precedieron a su dictado se especificaba que: « [E]n el marco de las diligencias previas DP/0042/14, esta Dirección de Competencia (DC) localizó determinada documentación no relacionada con el objeto de las citadas diligencias previas, pero que podría resultar constitutiva de otra infracción del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC) y del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE).

En particular, esta DC detectó determinada documentación que contenía indicios de posibles prácticas anticompetitivas en España en mercados relacionados con:

- la construcción y rehabilitación de infraestructuras (sin carácter exhaustivo, de acuerdo con dicha información, se habrían visto afectadas autovías, puentes, campos de vuelo, líneas ferroviarias de alta velocidad, urbanizaciones de terrenos...);

- la construcción y rehabilitación de edificios (sin carácter exhaustivo, de acuerdo con dicha información, se habrían visto afectados colegios, hospitales, promociones de Vivienda Protección Oficial y Promoción de Vivienda Protegida Pública Básica, bibliotecas...);

y - el diseño y construcción de infraestructuras de tratamiento de agua (sin carácter exhaustivo, de acuerdo con dicha información, se habrían visto afectadas depuradoras, desaladoras y estaciones de tratamiento de agua potable).

A continuación, en el marco de lo establecido en el apartado 2 del artículo 49 de la LDC , la Dirección de Competencia inició el 22 de mayo de 2017 una información reservada que se ha tramitado bajo la referencia S/DC/0611/17, a la que se incorporó la citada documentación procedente de las diligencias previas DP/0042/14 (de conformidad con lo establecido en el artículo 30 del Reglamento de Defensa de la Competencia -RDC -, aprobado por Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero de 2008), con el fin de determinar, con carácter preliminar, la concurrencia de circunstancias que justificasen la incoación de expediente sancionador.

En el marco de la citada información reservada S/DC/0611/17, se realizaron, entre los días 30 de mayo y 2 de junio de 2018, inspecciones en las sedes de (i) Corporación Acciona Infraestructuras, S.L., Acciona Construcción, S.A. y Acciona Agua, S.A.; (ii) Dragados, S.A. y DRACE Infraestructuras, S.A.; (iii) FCC Construcción, S.A., FCC Aqualia, S.A. y Aqualia Intech, S.A.; (iv) Sacyr Construcción, S.A., Valoriza Agua, S.L. y Sociedad Anónima Depuración y Tratamientos (SADYT); y (v) SEOPAN, Asociación de Empresas Constructoras y Concesionarias de Infraestructuras.

Con fecha 1 de octubre de 2019, la DC incoó expediente sancionador (con el mismo número bajo el cual se llevó a cabo la información reservada) contra diversas empresas por conductas prohibidas en el artículo 1 de la LDC y el artículo 101 del TFUE , consistentes en acuerdos e intercambios de información entre dichas empresas con el objeto y/o efecto de restringir la competencia, en el ámbito de las licitaciones convocadas por las distintas Administraciones Públicas en España, para la construcción y rehabilitación de infraestructuras y edificios. Dichos acuerdos e intercambios habrían tenido una especial incidencia en la preparación de sus ofertas técnicas de cara a dichas licitaciones y se habrían instrumentado, entre otras vías, mediante la constitución de un grupo estable y formal formado por las incoadas, autodenominado G7, en el que decidían con carácter semanal si contrataban de modo conjunto los distintos aspectos que conformaban la oferta técnica de las licitaciones antes mencionadas que iban haciéndose públicas.



Con fecha 14 de julio de 2020, la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC resolvió (i) declarar la caducidad y ordenar el archivo del citado procedimiento sancionador S/DC/0611/17, e (ii) instó a la DC a incoar nuevamente procedimiento sancionador en relación con los mismos hechos y presuntas responsabilidades, de conformidad con el artículo 47 de la LDC, en la medida en que la eventual infracción investigada no ha prescrito.

En particular, la citada Resolución señala que la facultad de incoar un nuevo procedimiento sancionador y de incorporar a este todo el valor probatorio contenido en el anterior ha sido confirmada por los tribunales.

Por tanto, esta DC considera que no ha prescrito la infracción muy grave investigada, de acuerdo con el artículo 62 de la LDC, que fue objeto de examen en el expediente S/DC/0611/17, dado que no han transcurrido más de 4 años desde que las empresas cesaron en las conductas que habrían dado lugar a dicha infracción.

A la vista de lo anterior y, de conformidad con lo establecido en el apartado 1 del artículo 49 de la LDC, se acuerda la incoación de expediente sancionador por conductas prohibidas en el artículo 1 de la LDC y en el artículo 101 del TFUE, que quedará registrado con el número S/0021/20, en el marco del cual se examinarán las prácticas anticompetitivas que fueron objeto del expediente sancionador S/DC/0611/17 [...].».

SEGUNDO.- La primera cuestión que hemos de resolver y que, de prosperar, haría innecesario el análisis de las restantes, es la posible inadmisibilidad del recurso por dirigirse contra un acto de mero trámite y, como tal, no susceptible de impugnación. Este motivo de oposición, formulado por el Abogado del Estado al amparo del artículo 58.1 de la LJCA y que vuelve a invocar en la contestación a la demanda, parte del hecho de que el acto concretamente recurrido es el acuerdo de incoación del procedimiento sancionador S/0021/21 seguido por la CNMC.

Anticipamos que el presente recurso se ha planteado en idénticos términos al recurso 3/2020, resuelto por sentencia de 31 de mayo de 2024. La coincidencia de las pretensiones y de los motivos invocados, nos conducen a que demos la misma respuesta por respeto al principio de unidad de doctrina y seguridad jurídica, sin que ni en el escrito de demanda ni en la contestación del abogado de Estado se pongan de manifiesto extremos que justifiquen que nos apartemos de lo ya dicho.

Bastaría con la remisión a lo ya dicho por esta Sala, como ha hecho el Tribunal Supremo, para dar plena satisfacción al derecho a la tutela judicial efectiva que se nos exige. Este derecho fundamental también se satisface con la motivación por remisión o *in aliunde*, siempre que el reenvío se produzca de forma expresa e inequívoca y la cuestión sustancial de que se trate hubiera sido decidida en la resolución a la que se remite, según ha reiterado el Tribunal Constitucional en la sentencia 144/2007 (FJ 3º) « [d]entro de las modalidades que puede revestir la motivación hemos afirmado que la fundamentación, por remisión o *in aliunde* -técnica en virtud de la cual se incorporan a la resolución que prevé la remisión los razonamientos jurídicos de la decisión o documento a la que se remite (ATC 207/1999, de 28 de julio , FJ 2)- "no deja de serlo ni de satisfacer la exigencia constitucional contenida en el derecho fundamental" a la tutela judicial efectiva [entre otras muchas, SSTC 187/2000, de 10 de julio , FJ 2 ; 8/2001, de 15 de enero , FJ 3 , in fine ; 13/2001, de 29 de enero , FJ 2 ; 108/2001, de 23 de abril , FJ 2 ; 5/2002, de 14 de enero, FJ 2 ; 171/2002, de 30 de septiembre , FJ 2; y ATC 194/2004, de 26 de mayo , FJ 4 b); en términos similares, SSTC 115/2003, de 16 de junio , FJ 8 ; 91/2004, de 19 de mayo, FJ 8 ; 113/2004, de 12 de julio , FJ 10 ; 75/2005, de 4 de abril, FJ 5 ; y 196/2005, de 18 de julio , FJ 3], siempre y cuando dicha remisión se produzca de forma expresa e inequívoca [STC 115/1996, de 25 de junio , FJ 2 b)] y que la cuestión sustancial de que se trate se hubiera resuelto en la resolución o documento al que la resolución judicial se remite (SSTC 27/1992, de 9 de marzo, FJ 4 ; y 202/2004, de 15 de noviembre , FJ 5; y ATC 312/1996, de 29 de octubre , FJ 6) [...].».

Este criterio lo ha seguido el Tribunal Supremo, entre otras, en las sentencias de 13 de febrero de 2013 (recurso 1434/08, FJ 1º), de 17 de marzo de 2104 (recurso 1015/13, FJ 2º) o de 27 de abril de 2015 (recurso 1965/2012, FJ 2º).

Como decíamos, en nuestra sentencia de 31 de mayo de 2024 « [A]nticipamos que el presente recurso se ha planteado en idénticos términos al 3/2020 , resuelto por sentencia de 31 de mayo de 2024 , a cuyo contenido vamos a remitirnos.

Para analizar la posible inadmisibilidad del recurso por esta causa no es obstáculo el que en este mismo procedimiento haya recaído con fecha 11 de enero de 2022 auto por el que, con estimación del recurso de reposición interpuesto por la entidad actora, se dejó sin efecto el de fecha 1 de febrero de 2021 que había acordado inadmitir el recurso por haberse interpuesto contra actividad no susceptible de impugnación, y el archivo de las actuaciones.

Y decimos que no es obstáculo por cuanto la estimación del recurso de reposición se justificaba entonces en que en el procedimiento de protección de los derechos fundamentales núm. 4/20, seguido también ante esta Sección, y en el que se impugnaba el mismo acuerdo de incoación, se había dictado auto con fecha 20 de septiembre de



2021 en el cual se rechazaba la declaración de inadmisibilidad del recurso por entender que la petición formulada por el Abogado del Estado en tal sentido resultaba entonces prematura, razonando que "... un rechazo liminar del proceso sin una adecuada respuesta a la pretensión de fondo difícilmente sería compatible con el derecho a la tutela judicial efectiva".

Es evidente que dicho pronunciamiento no excluye que resolvamos ahora la eventual inadmisibilidad por esa causa una vez que se ha tramitado en su integridad el procedimiento en el que se han pronunciado a favor de la misma tanto el Abogado del Estado como el Ministerio Fiscal.

Para ello hemos de partir del criterio mantenido de manera reiterada por el Tribunal Supremo en relación a la posibilidad de recurrir en vía contencioso administrativa el acuerdo de incoación de un procedimiento sancionador, criterio del que es uno de sus primeros exponentes la sentencia de 12 de diciembre de 1989 (ECLI:ES:TS:1989:7214), en la que se hacen las siguientes consideraciones:

"Importa ante todo destacar que el contenido del acto administrativo originario aquí impugnado se reduce a decidir la incoación de un expediente sancionador a la sociedad después demandante. Segundo: Con este punto de partida ha de recordarse que uno de los criterios de clasificación de los actos administrativos es precisamente el de la función que aquéllos desempeñan dentro del procedimiento y así se distinguen, por un lado, los actos de trámite, que preparan y hacen posible la decisión, dirigiéndose al mejor acierto de ésta, y, por otro, las resoluciones, que son las que deciden las cuestiones planteadas. Es una diferenciación que deriva de la propia estructura del procedimiento y de la que deriva un principio de concentración procedimental, en virtud de la cual los actos de trámite no son impugnables separadamente: Es al recurrir la resolución cuando podrán suscitarse las cuestiones relativas a la legalidad de los actos de trámite. Esta irrecurribilidad autónoma de dichos actos aparece expresamente reconocida, tanto por la Ley de Procedimiento Administrativo, art. 113.1, como por la Ley jurisdiccional, art. 37.1, y encuentra excepción solo cuando aquellos determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o decidan directa o indirectamente el fondo del asunto. Tercero: El acuerdo de incoación de un procedimiento sancionador, como reiteradamente ha declarado esta Sala, es un típico acto de trámite que no impide la continuación del procedimiento - al contrario, la abre- que no provoca indefensión -debe dar lugar a una amplia intervención del administrado- ni decide el fondo del asunto -no predetermina en absoluto el contenido de la resolución. Así las cosas, no cabe plantear en este momento las cuestiones relativas a la autoría de los hechos ni las que afectan a una posible prescripción -hecho segundo y fundamento de derecho VI de la demanda- pues es precisamente en el curso del procedimiento sancionador abierto por el acuerdo de incoación donde podrán debatirse con toda amplitud".

En el mismo sentido puede citarse la sentencia de 10 de diciembre de 2010, recurso núm. 2562/2008 ; así como la de 17 de marzo de 2015, recuso núm. 927/2012, que se pronuncia en estos términos:

"Sobre el motivo séptimo, relativo a la insuficiencia del acuerdo de incoación. En el motivo séptimo se aduce que el acuerdo de incoación ha de ser declarado nulo debido a su manifiesta insuficiencia, al carecer de los elementos esenciales que configuran una supuesta conducta infractora, ya que no se informa de los hechos concretos que motivan la incoación del expediente. La Sala responde a esta alegación en la primera parte del fundamento de derecho cuarto, antes transcrito íntegramente. Tiene razón la Sala de instancia y ha de rechazarse el motivo. Debe tenerse en cuenta que el acuerdo de incoación es un acto de trámite y que por sí mismo no es determinante de una restricción de derechos fundamentales. En efecto, no puede proyectarse sobre el acuerdo de incoación exigencias referidas a la orden de investigación, que determina los elementos que justifican una entrada y registro domiciliar, lo que sí supone una afección directa al contenido esencial a la inviolabilidad del domicilio. El acuerdo de incoación significa abrir formalmente -en su caso, tras una información reservada- un expediente sancionador, en el que el sujeto afectado va a tener ocasión de alegar y de participar en las actividades probatorias, por lo que en sí mismo no puede generar indefensión. Es, en definitiva, un acto de trámite que, si bien describe los indicios de forma excesivamente genérica, no tiene la trascendencia que le otorgan las recurrentes ni puede determinar la nulidad de las actuaciones inspectoras, que están avaladas por la orden de investigación".

Y particular interés tiene la sentencia de 13 de diciembre de 2016 (recurso núm. 2941/2015) recaída, precisamente, en un procedimiento de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, como el que enjuiciamos ahora, en el cual se recurría el acuerdo de incoación de un expediente sancionador adoptado por la Comisión Nacional del Mercado de Valores.

En dicha sentencia hace el Tribunal Supremo algunas consideraciones sobre las especialidades propias del procedimiento de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales que resultan, como decimos, trasladables al supuesto aquí enjuiciado:

"A la hora de resolver este recurso de casación conviene recordar algunos aspectos del régimen al que está sujeto el proceso especial de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales tal como lo establecen los artículos 114 y siguientes de la Ley de la Jurisdicción y lo ha interpretado la jurisprudencia.



Ese proceso se dirige a satisfacer en el orden contencioso-administrativo la exigencia del artículo 53.2 de la Constitución de que el principio de igualdad, los derechos fundamentales y las libertades públicas, es decir los reconocidos en la Sección 1ª del Capítulo Segundo del Título I del texto constitucional, y el derecho a la objeción de conciencia sean protegidos por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad. Tratándose de un proceso especial, ya bajo la regulación anterior a la Ley de la Jurisdicción, la recogida en la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales y libertades públicas, se planteó el problema de cómo delimitar su ámbito frente al procedimiento ordinario. Y, con apoyo en la doctrina del Tribunal Constitucional, se aplicó el criterio de diferenciar las llamadas cuestiones de legalidad ordinaria y de aquellas otras con trascendencia constitucional que serían las únicas a conocer en el proceso especial.

De este modo, en el trámite de admisión y, también, en el de resolución de los recursos interpuestos por el proceso especial se utilizó esa divisoria, a la postre de resultados insatisfactorios tal como reconoce la exposición de motivos de la Ley 29/1998, de 13 de julio. De ahí que el legislador introdujera en esta última el artículo 121.2 para superar una diferenciación que se había vuelto formal en exceso y, por tanto, inidónea para hacer posible la tutela judicial efectiva de esos derechos querida por la Constitución.

No obstante, consciente de que se debe preservar el carácter especial de este cauce previó un trámite específico de admisión del procedimiento en el artículo 117.2 a fin de dilucidar la adecuación del procedimiento. Es decir, para determinar en el inicio del proceso si el recurso interpuesto plantea la lesión de un derecho fundamental. En este punto, la jurisprudencia ha precisado que tal adecuación resultará del escrito de interposición cuando el recurso se dirija contra una actuación u omisión administrativa (i) a la que impute la lesión de uno o varios de los derechos susceptibles de protección por esta vía; (ii) identifique el derecho o derechos concernidos con cita del artículo correspondiente de la Constitución, con la expresión de su nombre o de manera que sean reconocibles claramente; (iii) establezca una relación de causalidad mínimamente explicada entre la actuación u omisión y la lesión denunciada; (iv) y no sea manifiesta la absoluta carencia de fundamento de la impugnación. Cuando se den estos presupuestos, mantiene la jurisprudencia, se ha de considerar adecuado el procedimiento - sentencias de 16 de marzo de 2015 (recurso 57/2014), 18 de febrero de 2015 (casación 3999/2013), 23 de julio de 2014 (casación 3398/2013) entre otras-".

En dicha sentencia recuerda el Tribunal Supremo que el recurso contencioso-administrativo especial se rige igualmente por las normas generales sobre la materia recurrible y la admisibilidad -sentencia 17 de diciembre de 2007 , casación 10165/2004, y que las causas generales determinantes de la inadmisibilidad de los recursos según el artículo 51.1 de la Ley de la Jurisdicción se pueden hacer valer en el incidente del artículo 117.2 o fuera de él ya que a éste el precepto solamente lleva la cuestión de la inadecuación del procedimiento -auto de 30 de septiembre de 2005, recurso 134/2005, y sentencias de 8 de noviembre de 2004, casación 6121/1999 , 4 de mayo de 2004, casación 6120/1999 , y 3 de mayo de 2004, casación 6122/1999 -.

A continuación, aborda la cuestión de si la naturaleza de este procedimiento y de los derechos que en el mismo están en juego atribuye al acuerdo de incoación el carácter de acto de trámite cualificado:

"Llegados a este punto y puestos ya a resolver las pretensiones de las partes, es claro que la discusión que han entablado gira en torno a si el acuerdo de incoación del segundo procedimiento sancionador al Sr. Mario es impugnabile o no. Más en concreto, admitido por todos que se trata de un acto de trámite, es menester establecer si es de los cualificados por decidir --aun indirectamente-- el fondo del recurso, impedir la continuación del proceso, causar indefensión o un perjuicio irreparable. El examen de admisibilidad desde la perspectiva de si se está o no ante materia recurrible es, pues, imprescindible también en este proceso especial.

Pues bien, a ese respecto debemos tener presente, de un lado, que la resolución de la Comisión Nacional del Mercado de Valores recurrida se limita a incoar, es decir, a iniciar un nuevo procedimiento sancionador por los mismos hechos considerados por el que terminó con la sanción anulada por la Audiencia Nacional. No dispone ninguna medida cautelar ni establece restricción alguna sobre el recurrente. Sus efectos se limitan, por tanto, a la apertura de un procedimiento, aunque sea sancionador. De otro lado, hay que recordar la jurisprudencia sobre la naturaleza, a efectos de su impugnabilidad de los actos que incoan, en general, procedimientos restrictivos de derechos o que pueden comportar, de alguna manera, medidas aflictivas para los recurrentes. Esa jurisprudencia insiste en que, si no acuerdan ninguna otra cosa que la apertura de un expediente, son actos de trámite no cualificados y, en consecuencia, no susceptibles de recurso, conforme a los artículos 25 y 51.1 c) de la Ley de la Jurisdicción [sentencias de 16 de abril de 2009 (casación 5752/2003), 6 de febrero de 2009 (casación 5519/2003), 27 de septiembre de 2007 (casación 4755/2003) y 20 de septiembre de 2007 (casación 1195/2004 , entre otras)].

O sea, la jurisprudencia avala la solución alcanzada por la Sección Tercera de la Sala de la Audiencia Nacional de manera que no pueden prosperar los tres primeros motivos de casación interpuestos conforme al apartado d) del artículo 88.1 de la Ley de la Jurisdicción .



No cambia este juicio la circunstancia de que el recurrente mantuviera que el derecho fundamental invocado le pone al resguardo de un nuevo procedimiento y que su mera incoación ya es una lesión del mismo pues la sola alegación de parte no transforma la naturaleza de la actuación administrativa.

Y, aunque sabemos que el segundo expediente seguido al Sr. Mario también ha terminado en sanción, ni era inevitable tal consecuencia ni ha sufrido indefensión material pues consta que la combatió en vía administrativa y que se está defendiendo de la misma en un procedimiento ordinario ante la Sección Tercera de la Sala de la Audiencia Nacional. Esto último, no determina la pérdida del objeto del presente recurso de casación ni le priva de su interés, centrado en determinar si es o no cualificado el acto de incoación, cuestión que, como estamos diciendo, debe responderse en sentido negativo por cuanto ya se ha dicho y por las consideraciones que se exponen a propósito de los motivos cuarto y quinto".

Y, por último, se plantea el Tribunal Supremo si la naturaleza del derecho fundamental invocado, que era el derecho al llamado non bis in idem en su vertiente procesal, es decir, a no verse sometido a un nuevo procedimiento sancionador por los mismos hechos y fundamentos considerados en otro anterior que caducó, exige aplicar un criterio distinto a la calificación del acto de incoación del expediente; y, en definitiva, si le convierte en acto de trámite cualificado y por ello recurrible conforme al artículo 25 de la LJCA .

Y resuelve dicha cuestión bajo los argumentos siguientes:

"No hay duda de que ese derecho fundamental --el auto de 29 de abril de 2015 así lo reconoce-- juega, además de en el proceso penal, en el procedimiento administrativo sancionador, aunque solamente si por su complejidad o por la gravedad de la sanción puede asimilarse a aquél. En este punto --y en contra de lo dicho por la Sala de instancia-- tiene razón el recurrente al afirmar que, por la entidad de la sanción que se le impuso y que en el segundo expediente se le podría imponer tal como finalmente sucedió, ha de ser equiparada a las de naturaleza penal. Así, la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección Primera) de 9 de septiembre de 2016 (asunto Sismanidis y Sitaridis contra Grecia), con cita de otras anteriores, considera que una multa de muchos miles de euros tiene carácter penal.

No obstante, el derecho fundamental que nos ocupa viene en causa cuando se abre un nuevo procedimiento sancionador a los mismos sujetos por los mismos hechos y fundamentos enjuiciados en otro que haya concluido con una resolución judicial de fondo que produzca el efecto de cosa juzgada. Así lo precisa la sentencia del Tribunal Constitucional 91/2008 y lo reitera en el ámbito penal la sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo nº 795/2016, de 25 de octubre (casación 86/2016), con cita de otras. Y otro tanto hace en el orden contencioso-administrativo la sentencia de la Sala Tercera de 24 de febrero de 2016 (casación 984/2014).

Así, pues, en el caso que tenemos ante nosotros, la Sala de instancia apreció correctamente que no se había justificado que la incoación del segundo expediente comportara por sí misma las consecuencias necesarias para ser considerada un acto de trámite cualificado. La invocación de la sentencia de 15 de diciembre de 2014 y de las identidades, aunque sirviera para excluir la inadecuación del procedimiento no era útil para entender que se estaba lesionando ya el derecho fundamental porque esa sentencia acaba decidiendo en función de un aspecto formal: la caducidad del procedimiento.

De este modo, la firmeza de la sentencia de 15 de diciembre de 2014 y el consiguiente efecto de cosa juzgada se limita a la anulación de la sanción y a la razón que la determina: la caducidad del procedimiento. Esto significa que, en principio, las consecuencias que despliega son las que ya ha producido: la indicada anulación y la publicación de su fallo ya que así dispuso que se hiciera. Pretender que, además, impide un ulterior procedimiento sancionador entraña decidir si, junto a aquellos pronunciamientos, se debe entender que esa sentencia comporta otros de fondo sobre los hechos, su tipicidad, la culpabilidad y la procedencia de la concreta sanción, así como sobre si hubo prescripción, pues fue alegada en aquél proceso. Parece claro que el Sr. Mario no justificó esto último en el momento de interponer el recurso ni en sus alegaciones en el trámite abierto sobre su inadmisibilidad, que es lo que le reprochó el auto de 29 de abril de 2015.

Esta conclusión es coherente con la alcanzada por la sentencia del pleno de la Sala Tercera de 27 de febrero de 2006 (recurso 84/2004), la cual, con cita de la anterior de 12 de junio de 2003 (casación en interés de la Ley 18/2002), expresamente afirmó, a propósito de los expedientes sancionadores en general, que "la declaración de caducidad del procedimiento no implica la prescripción ni impide el ulterior ejercicio del ius puniendi en un nuevo procedimiento".

Si cabe iniciarlo otra vez, a reserva de que no haya prescrito la infracción, es por el limitado efecto de cosa juzgada que produce esa declaración, de manera que no hay motivos para considerar al acto de incoación que no impone ninguna medida restrictiva de manera diferente a como se le ha venido calificando. Es decir, no hay motivos para entender que poseyera el carácter cualificado que lo haría recurrible".



La doctrina que, de manera coincidente, acogen todos estos pronunciamientos obliga, también en este caso, a declarar inadmisibile el recurso en aplicación de lo dispuesto en el artículo 69.c) de la Ley jurisdiccional por dirigirse contra un acto de mero trámite, el acuerdo de incoación del procedimiento sancionador S/0021/20 adoptado por la CNMC, sin que dicha declaración de inadmisibilidad implique la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva pues, como ha declarado el Tribunal Constitucional en sentencia 262/1994, de 3 de octubre, "... el art. 24.1 de la C.E. garantiza a todos los ciudadanos su derecho a obtener una respuesta judicial motivada, razonable y coherente a sus pretensiones, siempre que éstas se hubieran ejercido con cumplimiento de los requisitos de procedibilidad legalmente establecidos, de tal modo que, como es conocida doctrina de este Tribunal, no conculca el derecho a la tutela judicial efectiva la resolución judicial meramente procesal o de inadmisión que, comprobando la inexistencia de un requisito procesal, se ve impedida de conocer del fondo del asunto..." (criterio reflejado también en las SSTC 57/1984, 87/1986, 213/1990, 193/1993, 109/1991, 110/1992, 158/1994 y 159/1994; AATC 43/1993 y 185/1993, entre otras). [...]».

La remisión que hacemos nos conduce a la inadmisibilidad del recurso, sin tener que incorporar otras razones a lo que hemos transcrito.

TERCERO. - Las costas de esta instancia habrán de ser satisfechas por la parte actora en aplicación de lo dispuesto en el artículo 139.1 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

VISTOS los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

Declaramos la inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo seguido por **Acciona Construcción, S.A.** contra la resolución de 21 de julio de 2020, de la Dirección de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, mediante la cual se acordó la incoación del expediente sancionador S/0021/21; con expresa imposición de costas a la parte actora.

La presente sentencia, que se notificará en la forma prevenida por el art. 248 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, es susceptible de recurso de casación, que habrá de prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el siguiente al de su notificación; 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.

Lo que pronunciamos, mandamos y firmamos.