

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 13 DE DICIEMBRE DE 2016

Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª

Recurso nº.: 2941/2015
Ponente: D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva
Acto impugnado: Auto de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, de 29 de abril de 2015 (DF 1/2015), confirmado en reposición por otro de 9 de junio de 2015
Fallo: Desestimatorio

En Madrid, a 13 de diciembre de 2016.

Esta Sala ha visto el recurso de casación nº 2941/2015, sobre derechos fundamentales, interpuesto por don J.B.G., representado por la procuradora doña M.S.M. y asistido del letrado don F.P.L., contra el auto dictado el 29 de abril de 2015 por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional por el que se inadmitió el recurso 1/2015 interpuesto contra la resolución de incoación de un expediente administrativo sancionador de la Comisión Nacional del Mercado de Valores de 12 de febrero de 2015, confirmado en reposición por otro de 9 de junio siguiente.

Se ha personado, como recurrida, la ADMINISTRACIÓN, representada por el Abogado del Estado.

Ha comparecido el MINISTERIO FISCAL.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. don Pablo Lucas Murillo de la Cueva.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el recurso nº 1/2015, seguido en la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, el 29 de abril de 2015 se dictó auto por el que se acordó inadmitir el referido recurso, con imposición de las costas al recurrente y que fue confirmado en reposición por otro de 9 de junio siguiente.

SEGUNDO.- Contra el referido auto preparó recurso de casación don J.B.G. La Sala de instancia por oficio de 15 de septiembre de 2015 elevó a este Tribunal Supremo el rollo y expediente administrativo, previos los emplazamientos correspondientes.

TERCERO.- Por escrito presentado el 22 de septiembre de 2015, la procuradora doña M.S.M, en representación del recurrente, interpuso el recurso anunciado que articuló en los siguientes motivos:

«PRIMER MOTIVO.- Al amparo del art. 88.1.d) LJCA, infracción del art. 51.1 de la LJCA, en relación con el art. 25.1 de la LJCA, no consta de modo inequívoco y manifiesto haberse interpuesto el recurso contra actividad no susceptible de impugnación. Existencia de un acto de trámite cualificado susceptible de impugnación autónoma respecto de la resolución administrativa final. Infracción de la Ley por la resolución recurrida.

[...]

SEGUNDO MOTIVO.- Al amparo del art. 88.1.d) LJCA, infracción de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la admisibilidad de la impugnación de los actos de trámite cualificados que lesionan derechos fundamentales (SSTS de 29 de marzo de 2006 y de 22 de julio de 2009). Infracción de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional citada por esta parte recurrente e invocable en este trámite, ex art. 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

[...]

TERCER MOTIVO.- Al amparo del art. 88.1.d) LJCA, infracción del art. 25.1 y del art. 115.2 de la LJCA, en relación con el art. 25 de la Constitución Española, la jurisprudencia que lo interpreta, citada de forma expresa por esta parte y no rectificada por la contemplada en el auto.

[...]

CUARTO MOTIVO.- Al amparo del art. 88.1.c) LJCA, infracción del art. 24 de la Constitución Española en relación con el art. 70.2 de la LJCA y el art. 92 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. La sentencia de la misma Sala y Sección de 15 de diciembre de 2014 anuló la sanción impuesta (...) por la infracción de las normas que regulan la duración máxima de un procedimiento.

[...]

QUINTO MOTIVO.- Al amparo del art. 88.1.c) LJCA, infracción del art. 51.1 LJCA, en relación con los arts. 69.c) y 70.1 de la LJCA, pues el auto, de forma inmotivada e ilegal, ha resuelto sobre el fondo de la controversia en el trámite de inadmisión.

[...]

SEXTO MOTIVO.- Al amparo del art. 88.1.c) LJCA, infracción del art. 51.1 LJCA, pues el auto, de forma contradictoria con sus propias resoluciones, niega a esta parte la posibilidad ofrecida en el incidente de ejecución de sentencia. Indefensión material.

[...]».

Y solicitó a la Sala que, previos los trámites oportunos, dicte sentencia por la que:

«1º) [...] estimándolo, case y anule las resoluciones recurridas, declare que el meritado recurso contencioso-administrativo deber ser admitido a trámite y, entrando a conocer del fondo del recurso por razones de economía procesal y de evitación de dilaciones indebidas, estime el mismo y declare la nulidad del Acuerdo del Comité Ejecutivo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores de fecha 12 de febrero de 2015, por el que se acuerda incoar nuevo expediente sancionador a don J.B.G. por la presunta comisión de una infracción muy grave tipificada en el art. 99, letra p), en relación con el art. 53, ambos de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, por el incumplimiento del deber de comunicación y

difusión de participaciones significativas en BANKINTER, S.A., así como de todos los actos posteriores dictados en el seno de dicho procedimiento sancionador, por vulnerar los derechos fundamentales reconocidos y garantizados en los arts. 24 y 25 de la Constitución Española, con expresa imposición de las costas de la instancia a la Administración demandada;

2º) subsidiariamente respecto a lo anterior, estimando igualmente el presente recurso y casando y anulando las resoluciones judiciales recurridas, ordene que se retrotraigan las actuaciones para que la Sala a quo dicte resolución admitiendo el recurso y continúe el procedimiento por sus sucesivas diligencias».

CUARTO.- Admitido a trámite, se remitieron las actuaciones a la Sección Séptima, conforme a las reglas del reparto de asuntos. Recibidas, por diligencia de ordenación de 22 de febrero de 2016 se dio traslado del escrito de interposición a la parte recurrida y al Ministerio Fiscal para que formalizaran su oposición.

QUINTO.- Evacuando el traslado conferido, el Fiscal, con fundamento en lo expuesto en su escrito de 3 de marzo de 2016, solicitó a la Sala la estimación del recurso, ordenando, dijo, retrotraer las actuaciones para que prosiga la tramitación del procedimiento.

Por su parte, el Abogado del Estado, en su escrito de oposición de 4 de abril siguiente, pidió sentencia por la que se inadmitan en su caso y se rechacen los motivos y el recurso, *"confirmando la sentencia recurrida. Con costas"*.

SEXTO.- Mediante providencia de 29 de junio de 2016 se señaló para la votación y fallo el día 15 de noviembre de este año y se designó magistrado ponente al Excmo. Sr. don Pablo Lucas Murillo de la Cueva.

SÉPTIMO.- El acuerdo de la Sala de Gobierno de 14 de junio de 2016 (BOE núm. 163, de 7 de julio de 2016) ha establecido una nueva organización de las secciones de la Sala Tercera para acomodarla al nuevo régimen del recurso de casación. Como consecuencia de lo previsto en la regla segunda de dicho acuerdo las materias de las que conocía la anterior Sección Séptima pasan a esta nueva Sección Cuarta.

OCTAVO.- Por escrito de 10 de octubre de 2016 la procuradora doña M.S.M., en representación del recurrente, manifestó que ha tenido conocimiento, una vez concluido el período probatorio del recurso 1/2016, de la prueba documental que cita en dicho escrito y que considera trascendental para demostrar la vulneración de los derechos fundamentales que se invocaron en su momento y cuyo éxito depende, dijo, de este recurso de casación. Y solicitó a la Sala que:

«tenga por incorporado el documento que se presenta al ser de fecha muy posterior al momento de formalizar el recurso contra el acuerdo de incoación controvertido pero que demuestra la intencionalidad clara de vulnerar el artículo 24 de la Constitución española respecto de la intangibilidad de la cosa juzgada, precepto cuya invocada vulneración es el origen del presente recurso de casación, junto con la vulneración del artículo 25 del texto fundamental en el aspecto de prohibición del non bis in idem».

NOVENO.- En la fecha acordada, 15 de noviembre de 2016, han tenido lugar la deliberación y fallo del presente recurso. Y el 29 siguiente se pasó a la firma esta sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, por auto de 29 de abril de 2015, confirmado por el de 9 de junio, inadmitió el recurso nº 1/2015 que, por el procedimiento de protección de los derechos fundamentales, había interpuesto don J.B.G. contra la resolución del Comité Ejecutivo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores de 12 de febrero de 2015. Mediante esta última se le incoó un expediente sancionador por el incumplimiento del deber de comunicación de participaciones significativas en Bankinter, S.A., infracción muy grave prevista en el artículo 99 p) en relación con el artículo 53, ambos de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores.

Se da el caso de que, por los mismos hechos, la Comisión Nacional del Mercado de Valores había sancionado anteriormente al ahora recurrente por su resolución de 2 de octubre de 2013 con 500.000€. Sucede, sin embargo, que esta última fue anulada por la sentencia de la misma Sección Tercera de la Sala de la Audiencia Nacional de 15 de diciembre de 2014 debido a la caducidad del procedimiento. Y también sucede que, tras esta anulación, la Comisión Nacional de Mercado de Valores anunció inmediatamente la incoación de un nuevo procedimiento sancionador contra don J.B.G., cosa que efectivamente hizo la resolución objeto del recurso inadmitido por el auto cuya casación se pretende.

El escrito de interposición aducía la vulneración del derecho fundamental a no soportar un nuevo procedimiento sancionador, derecho comprendido en el artículo 25.1 de la Constitución en relación con el principio de seguridad jurídica afirmado por su artículo 9.3 y reconocido por el artículo 4 del Protocolo nº 7 al Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales.

Las razones de la inadmisión consisten en que esa resolución de 12 de febrero de 2015 es considerada por la Sala de instancia una actuación de trámite no cualificada y, en consecuencia, no susceptible de recurso contencioso-administrativo según los artículos 25.1 y 51.1. c) de la Ley de la Jurisdicción. No se trató, pues, de la inadecuación del procedimiento a que se refiere el artículo 117.2.

Al contrario, por decreto de 24 de marzo de 2015 se hizo constar que no había motivos para inadmitir el recurso por esa razón. No obstante, recibido el expediente, la Sala, por providencia de 27 de marzo de 2015, planteó a las partes la posible causa de inadmisión consistente en que el recurso se hubiera interpuesto contra actividad no susceptible de impugnación.

Explica el auto recurrido que don J.B.G. no justificó la posible incidencia del acuerdo de incoación de ese segundo expediente en su derecho a no ser sometido dos veces a procedimiento sancionador ni por qué la segunda incoación decidía el fondo del litigio causándole indefensión. Añade la Sala de instancia que la prohibición del *non bis in ídem* en su vertiente procesal comporta, según el Tribunal Constitucional, la dualidad de procedimientos sancionadores tanto penales como administrativos pero en los de esta última naturaleza cuando su gravedad sea pareja a la que supone un proceso penal (SSTC 2/2003 y 48/2007), lo cual no se acreditó en este caso.

Asimismo, en respuesta a las alegaciones del actor observó que la declaración de caducidad de un procedimiento no impide iniciar otro sobre el mismo objeto dentro del plazo de prescripción. Subrayó en este sentido que la eficacia de la misma es meramente formal y que la tramitación de un nuevo expediente sancionador debe combatirse al impugnar la resolución que le ponga fin, salvo que se dé alguno de los supuestos previstos en el artículo 25 de la Ley de la Jurisdicción, lo que no era el caso.

Por otra parte, como quiera que el recurrente promovió incidente de ejecución de la sentencia de 15 de diciembre de 2014 sosteniendo, entre otras cosas, que su fallo impedía posteriores actuaciones de la Comisión Nacional del Mercado de Valores contra él por los mismos hechos, el auto aquí cuestionado recuerda que el de 21 de abril de 2015, que resolvió dicho incidente, señaló que excedía de la ejecución del fallo pronunciarse sobre los futuribles actos sancionadores con los que culminara el nuevo procedimiento y que, para combatirlos debería interponer los correspondientes recursos.

Para completar el escenario en el que se sitúa la controversia que se nos ha sometido, se ha de indicar que por Orden del Ministerio de Economía y Competitividad de 7 de julio de 2015 se sancionó nuevamente con 500.000€ a don J.B.G. y que contra la correspondiente resolución interpuso el recurso contencioso-administrativo ordinario, 1/2016 que pende ante la Sección Tercera de la Sala de la Audiencia Nacional.

SEGUNDO.- El escrito de interposición dirige seis motivos de casación contra este auto. Los tres primeros se acogen al apartado d) y los tres últimos al apartado c) del artículo 88.1 de la Ley de la Jurisdicción y consisten en lo que, seguidamente, pasamos a resumir.

(1º) Afirma el recurrente que el auto de la Audiencia Nacional infringe el artículo 51.1 en relación con el artículo 25.1, ambos de la Ley reguladora, pues no

consta de modo inequívoco y manifiesto que el recurso contencioso-administrativo se interpusiera contra una actividad no susceptible de impugnación. Y es que, para don J.B.G., el acuerdo del Comité Ejecutivo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores de 12 de diciembre de 2015 que le incoó un nuevo procedimiento sancionador es un acto de trámite cualificado y, por tanto, recurrible, tal como sostuvo en la instancia el Ministerio Fiscal. Subraya el motivo que la lesión del derecho fundamental se produjo por la mera incoación del nuevo procedimiento, es decir, por el acuerdo que lo inició, precisamente el recurrido. Añade que no ha encontrado jurisprudencia en la que se reconozca la potestad de la Administración de incoar un nuevo expediente tras un pronunciamiento judicial firme que anule la resolución sancionadora por caducidad o por cualquier otro motivo. Esa ausencia la atribuye a lo excepcional del caso pues, explica, de haber procedido así la Administración en otros supuestos, sin duda, existirían pronunciamientos en el sentido que le interesa. De ahí, concluye, el interés casacional de sus pretensiones.

- (2º) A continuación, el recurrente mantiene que el auto vulnera la jurisprudencia sobre la admisibilidad de los actos de trámite cualificados que lesionan derechos fundamentales. Cita aquí las sentencias de esta Sala de 29 de marzo de 2006 y de 22 de julio de 2009 que también invocaba la de instancia si bien nos dice el escrito de interposición que la Audiencia Nacional las aplicó incorrectamente. Señala al respecto que lo único exigido por esa jurisprudencia para admitir la impugnación de actos de trámite es que la parte actora justifique la lesión autónoma, singular e inmediata del derecho fundamental por la mera existencia del acto de trámite. Y esa justificación, dice, la aportó en la instancia.
- (3º) El último de los motivos de fondo sostiene que el auto recurrido infringe el artículo 25.1 y el artículo 115.2 ambos de la Ley de la Jurisdicción en relación con el artículo 25 de la Constitución y con la jurisprudencia que los ha interpretado. Dice aquí que, en contra de lo afirmado por la Sala de instancia, sí explicó por qué la nueva incoación de un procedimiento sancionador implicaba la infracción del derecho fundamental alegado ya que suponía ir contra la regla *non bis in ídem*. El nuevo expediente, señala, es idéntico al anterior. Aquí invoca la sentencia del Tribunal Constitucional 2/2003 y observa que el que se le ha seguido ha de asimilarse, por su complejidad, a una investigación penal, lo mismo que la multa que se le ha impuesto ha de asimilarse, por su importe y gravedad, a una sanción penal.
- (4º) Este motivo reprocha al auto de la Audiencia Nacional la infracción del artículo 24.1 de la Constitución en relación con los artículos 70.2 de la Ley de la Jurisdicción y 90.2 de la Ley 30/1992, de 16 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Explica que la sentencia de la misma Sala y Sección de instancia de 15 de diciembre de 2014 anuló la sanción impuesta en el primer procedimiento por haberse infringido las normas que regulan su duración máxima y que las vulneraciones denunciadas traen causa de que el auto de

29 de abril de 2015 analiza de forma totalmente extemporánea el fondo de la pretensión produciendo indefensión a don J.B.G. Alega al respecto el escrito de interposición que la sentencia de 15 de diciembre de 2014, la que anuló la sanción que se le impuso, ha ganado fuerza de cosa juzgada formal y material y que el auto cuestionado la ha desconocido.

- (5º) Aquí se atribuye al auto recurrido la vulneración del artículo 51.1 en relación con los artículos 69 c) y 70.1 de la Ley de Jurisdicción porque, de manera inmotivada, ha resuelto el fondo de la controversia en el trámite de inadmisión, excediéndose notoriamente de lo que permite la Ley en este momento procesal.
- (6º) Por último, dice el escrito de interposición que el auto infringe el artículo 51.1 de la Ley de la Jurisdicción pues, de forma contradictoria con las propias resoluciones de la Sala de instancia, niega al recurrente la posibilidad ofrecida en el incidente de ejecución de sentencia y le causa indefensión material. Se refiere el motivo a que al resolver el incidente de ejecución de sentencia de 15 de diciembre de 2014, la Audiencia Nacional, al tiempo que rechazaba pronunciarse sobre las ulteriores actuaciones sancionadoras de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, dijo que sus eventuales actos futuros deberían ser combatidos mediante los correspondientes recursos. Por eso, afirma en este motivo que, cuando efectivamente ha recurrido una actuación posterior a la sentencia de 15 de diciembre de 2014, se ha encontrado con la inadmisión de su recurso contencioso-administrativo.

TERCERO.- Para el Abogado del Estado el presente recurso de casación ha quedado sin objeto de forma sobrevenida. Se refiere a que, dictada nueva resolución sancionadora por los mismos hechos contra don J.B.G. e impugnada ante la Audiencia Nacional por medio de un recurso contencioso-administrativo ordinario y siendo incompatibles ambos procesos, ha de concluirse que éste en el que nos encontramos ha perdido su objeto.

Ya sobre los motivos de casación, opone a cada uno los siguientes argumentos.

Al primero responde con la reproducción de los fundamentos de las sentencias de 31 de enero de 2007 (casación 5147/2002) y de 29 de marzo de 2006 (casación 7839/2002) en los que se explica que un acuerdo de iniciación del procedimiento sancionador, por sí, no constituye un acto de trámite cualificado. Asimismo, observa que esa calificación no se ve alterada por la prohibición de una pluralidad de procedimientos a diferencia de lo que sucedería si se hubiesen invocado causas como, por ejemplo, las que en el proceso penal se conocen como artículos de previo pronunciamiento (artículo 666 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). O como las previstas en los artículos 637 y 641 de este mismo texto legal. Sin embargo, añade, la caducidad del procedimiento no extingue la acción de la Administración para ejercitar las potestades sancionadoras [sentencia de 12 de junio de 2003 (casación en interés de la Ley 18/2002)]. Y, tras reproducir el auto impugnado, señala que no ha habido indefensión para el recurrente ni se le ha

causado un perjuicio irreparable. Como ha interpuesto, previa la reposición, un recurso ordinario contra la Orden de 7 de julio de 2015, *“mal puede hablar de perjuicio en la demora o perjuicio irreparable (...) cuando (...) con sus actos procesales demuestra que carece de interés en la rapidez del procedimiento”*.

Al segundo motivo opone el Abogado del Estado que el acuerdo de incoación del procedimiento sancionador no constituye o produce una lesión autónoma, dadas las consecuencias de la declaración de caducidad del procedimiento.

Al tercer motivo objeta que, además de ser correcta la explicación ofrecida por el auto impugnado, se trata de un razonamiento a mayor abundamiento que, por tanto, no altera el pronunciamiento al que llega.

Al cuarto motivo opone que incurre en inadmisibilidad porque no denuncia una infracción *in procedendo*. Explica aquí el Abogado del Estado que la apreciación de la caducidad del procedimiento no impide a la Administración proceder contra el mismo interesado por los mismos hechos, que la legalidad del auto cuestionado solamente depende de que se hayan cumplido o no los requisitos establecidos en el artículo 51.1 de la Ley de la Jurisdicción y que tal cuestión debe plantearse por el cauce de su artículo 88.1 d). En todo caso, observa que los supuestos de inadmisión a que se refieren los artículos 51, 58 y 69 de la Ley reguladora anticipan pronunciamientos sobre el fondo del asunto pero solamente caben en los casos tasados.

Al quinto motivo opone que no hace más que discrepar de la decisión de la Sección Tercera de la Sala de la Audiencia Nacional, razón que debe llevar a su inadmisión por no argumentar sobre la falta de motivación, irracionalidad o carencia de lógica de la decisión adoptada en la instancia.

Y al sexto motivo opone que también se debe inadmitir porque la falta de motivación y la contradicción que denuncia la proyecta sobre una resolución jurisdiccional distinta de la recurrida, dictada en un recurso diferente. Todo ello sin contar con que no existe contradicción entre la dictada en el incidente de ejecución de la sentencia de 15 de diciembre de 2014 y la que es objeto del presente recurso de casación.

CUARTO.- El Ministerio Fiscal propugna la estimación del recurso de casación.

Según explica, los motivos de fondo, que analiza conjuntamente, han de prosperar. Observa el Ministerio Fiscal que ya en el escrito de interposición del recurso contencioso-administrativo se expusieron las razones por las que la incoación del segundo procedimiento sancionador lesiona los derechos fundamentales a la tutela judicial y al *non bis in ídem* y de ellos ya se podía inferir que, pese a ser el recurrido un acto de trámite, podía ser susceptible por sí mismo de vulnerarlos. Además, señala que en su escrito de alegaciones sobre la inadmisibilidad de su recurso, el actor justificó claramente por qué de dicha incoación resultaba ese efecto. Se refiere a que el recurrente dijo que produce por

sí misma una lesión instantánea e irreversible de sus derechos al *non bis in idem* y a la cosa juzgada. También, recuerda que puso de manifiesto que esa incoación decidía indirectamente el fondo, pues desde el momento en que el actor negaba que se pudiera incoar un nuevo procedimiento sancionador tras la anulación por sentencia firme de la sanción que se le impuso, la mera iniciación del nuevo expediente determina y condiciona el fondo. Sigue recordando que el acuerdo impugnado también ha decidido no apreciar la prescripción.

Del segundo grupo de motivos, destaca el Ministerio Fiscal que los tres imputan al auto pronunciarse sobre el fondo del litigio pese a resolver el trámite de inadmisión. Destaca que la Sala de instancia no encontró razones para apreciar la inadecuación del procedimiento y que, posteriormente, planteó la inadmisibilidad a través del artículo 51, no en los autos del proceso, sino en la pieza de medidas cautelares sin utilizar el incidente previsto por el artículo 117.2 de la Ley de la Jurisdicción. No obstante, indica que el recurrente no invoca vicios de procedimiento al respecto y se limita a denunciar el pronunciamiento sobre el fondo hecho a *limine*.

Termina el Ministerio Fiscal invocando la jurisprudencia establecida para supuestos de inadmisión por inadecuación del procedimiento según la cual no cabe, en el proceso especial de protección de los derechos fundamentales anticipar una resolución de fondo en una resolución de inadmisión. Esa doctrina, dice, es aplicable aquí pues el auto *"declara la inadmisión del recurso por inexistencia de acto impugnado y, para justificar dicha decisión, anticipa la resolución de fondo sobre la pretensión de tutela de los derechos invocados, vulnerando, así, las garantías del proceso, al cerrarlo de forma indebida. Y en consecuencia, infringe los arts. 51.1, 69 c) y 70 LJCA citados"*.

QUINTO.- 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].

También ha recordado 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), sentencias de 8 de noviembre de 2004 (casación 6121/1999), 4 de mayo de 2004 (casación 6120/1999), 3 de mayo de 2004 (casación 6122/1999)]. En fin, ha insistido esta Sala, como bien recuerda el Ministerio Fiscal, que en el trámite de admisión no se puede decidir el fondo de la controversia [sentencia de 25 de junio de 2015 (recurso 1542/2014) y las que en ella se citan].

SEXTO.- 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 a don J.B.G. 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 a don J.B.G. 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.

SÉPTIMO.- Previamente, diremos que tampoco puede prosperar el sexto motivo interpuesto conforme al apartado c) del artículo 88.1 de la Ley de la Jurisdicción.

En efecto, ni pone de relieve un defecto cometido en el desarrollo del proceso de instancia, ya que se limita a denunciar la contradicción que advierte entre el auto aquí recurrido y el dictado el 21 de abril de 2015 en el incidente de ejecución de la sentencia de 15 de diciembre de 2014, ni tal contradicción existe. Entonces, tal

como se ha dicho más arriba, la Sección Tercera de la Sala de la Audiencia Nacional señaló que los actos que en el futuro pudiera dictar la Comisión Nacional del Mercado de Valores por los mismos hechos considerados en la resolución que anuló su sentencia de 15 de diciembre de 2014 deberían ser objeto de ulteriores recursos.

Declarar inadmisibile el recurso por falta de actuación susceptible de impugnación ni contradice ese pronunciamiento ni origina indefensión a don J.B.G. No se le deja indefenso de igual modo que no se deja en tal condición a quienes pretenden cuestionar actuaciones irrecurribles. Las decisiones de inadmisión ajustadas a las causas legalmente previstas también satisfacen, dice el Tribunal Constitucional, el derecho a la tutela judicial efectiva [STC 29/2010 y las que cita]. Por lo demás, el hecho de que haya recurrido la nueva resolución sancionadora corrobora esa ausencia de indefensión.

OCTAVO.- El cuarto motivo denuncia que en el momento liminar del proceso el auto de 29 de abril de 2015 ha decidido la cuestión de fondo. O sea, la inexistencia de lesión del derecho a no ser sometido dos veces a procedimiento sancionador por los mismos hechos y, en particular, que no se produjo la prescripción de la infracción por la que fue sancionado el recurrente. Y el quinto le reprocha haberlo hecho de forma inmotivada.

Ya hemos recordado que la jurisprudencia rechaza que en un incidente para resolver la admisibilidad del recurso se hagan pronunciamientos de fondo fuera de los casos expresamente autorizados por la Ley. En el que nos ocupa -que no es uno de ellos- podemos comprobar que la Sala de instancia, una vez examinado el expediente, sometió a las partes la inadmisibilidad del recurso, señalándoles la posible causa concurrente. Se ajustó, pues, a las prescripciones del artículo 51.1 de la Ley de la Jurisdicción. Y, en respuesta a las alegaciones del recurrente, se refirió en el auto objeto de este recurso de casación a los efectos de la caducidad y a la prescripción.

Sobre ese extremo, sin entrar en las circunstancias concretas del caso, recordó que, según la jurisprudencia, la declaración de caducidad del procedimiento en el ámbito sancionador no impide a la Administración incoar un nuevo procedimiento por los mismos hechos considerados en el expediente caducado siempre y cuando no hubiera prescrito la infracción. No hace, sin embargo, el auto de 29 de abril de 2015 referencia alguna a si hubo o no prescripción en este caso, ni tampoco a si, en sus concretas circunstancias, median o no razones que impidan esa nueva incoación.

No hay en él pronunciamiento anticipado alguno. Tampoco dice nada sobre los efectos de la cosa juzgada que, por otra parte, según el artículo 69 d) de la Ley de la Jurisdicción, han de ser apreciados, en su caso, en la sentencia.

En definitiva, el auto de 29 de abril de 2015 se limita a resolver la inadmisibilidad por falta de actuación impugnabile. Y, como refleja su lectura, lo hace

razonadamente, exponiendo con claridad por qué no considera justificado por el recurrente que el acto recurrido sea más que de mero trámite.

NOVENO.- A propósito de la cuestión debatida cabe plantear, en fin, si la naturaleza del derecho fundamental invocado, el derecho al llamado *non bis in idem* en su vertiente procesal, o sea a no verse sometido a un nuevo procedimiento sancionador [sentencias del Tribunal Constitucional 91/2008, 334/2005 y 2/2003], en esta ocasión por los mismos hechos y fundamentos considerados en el que caducó, exige aplicar un criterio distinto a la calificación del acto de incoación del expediente. O, mejor dicho, si le convierte en acto de trámite cualificado y, por tanto, recurrible conforme al artículo 25 de la Ley de la Jurisdicción.

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 don J.B.G. 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.

DÉCIMO.- A tenor de lo establecido por el artículo 139.2 de la Ley de la Jurisdicción, no hacemos imposición de costas en atención a la naturaleza de la cuestión controvertida y de la dificultad que comporta.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido:

Que no ha lugar al recurso de casación nº 2941/2015, interpuesto por don J.B.G. contra el auto dictado el 29 de abril de 2015, por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional en el recurso nº 1/2015 y no hacemos imposición de costas.

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

Así se acuerda y firma.