



Roj: **STS 3913/2022 - ECLI:ES:TS:2022:3913**

Id Cendoj: **28079130032022100180**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **28/10/2022**

Nº de Recurso: **899/2021**

Nº de Resolución: **1390/2022**

Procedimiento: **Recurso de Casación Contencioso-Administrativo (L.O. 7/2015)**

Ponente: **DIEGO CORDOBA CASTROVERDE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **ATS 9606/2021,**
AAN 3415/2019,
STS 3913/2022

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 1.390/2022

Fecha de sentencia: 28/10/2022

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: **899/2021**

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 25/10/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. **Diego Córdoba Castroverde**

Procedencia: AUD.NACIONAL SALA C/A. SECCION 6

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Martín Contreras

Transcrito por: AVJ

Nota:

R. CASACION núm.: **899/2021**

Ponente: Excmo. Sr. D. **Diego Córdoba Castroverde**

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Martín Contreras

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 1390/2022

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Eduardo Espín Templado, presidente

D. Eduardo Calvo Rojas



D.^a María Isabel Perelló Doménech

D. José María del Riego Valledor

D. **Diego Córdoba Castroverde**

En Madrid, a 28 de octubre de 2022.

Esta Sala ha visto por los magistrados indicados al margen, el recurso de casación número **899/2021** interpuesto por el procurador de los tribunales don Manuel Díaz Alfonso, en nombre y representación de la Sociedad General de Autores y Editores (SGAE), bajo la dirección letrada de don Nicolás González-Cuellar Serrano, contra el auto de fecha 11 de diciembre de 2019 dictado por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en el recurso contencioso-administrativo nº 1102/2018.

Han comparecido como partes recurridas el Abogado del Estado, en la representación que ostenta de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, y el procurador de los tribunales don Francisco Javier Fortes Ranera, en nombre y representación de la Entidad de Gestión de Derechos de Autor de Medios Audiovisuales (DAMA).

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. **Diego Córdoba Castroverde**.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El Procurador de los Tribunales don Manuel Díaz Alfonso, actuando en nombre y representación de la Sociedad General de Autores y Editores (en adelante SGAE) interpone recurso de casación contra el Auto de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional de 11 de diciembre de 2019 (rec. 1102/2018) por el que estimando las alegaciones previas formuladas por el Abogado del Estado se inadmitió el recurso contencioso interpuesto por SGAE contra el Acuerdo de la Dirección de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 15 de octubre de 2018 en el que se decidió, de acuerdo con lo establecido en el art. 30 del Reglamento de Defensa de la Competencia, se acordó deducir testimonio de determinados documentos de un expediente sancionador para incorporarlos a un nuevo expediente sancionador y concede a las partes un plazo de alegaciones.

SEGUNDO. Mediante Auto de 15 de julio de 2021 se admitió el recurso de casación declarando que la cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consiste en determinar si el acto por el que, en virtud del artículo 30 del Reglamento de Defensa de la Competencia, la Dirección de Competencia de la CNMC acuerda la incorporación a un expediente de la información obrante en otro puede considerarse o no como un acto de trámite cualificado a efectos de su recurribilidad ante la jurisdicción contencioso-administrativo con arreglo a lo dispuesto en los artículos 25.2 LJCA y 47 de la Ley 15/2007, de 3 de julio de Defensa de la Competencia.

TERCERO. La parte recurrente formalizó la interposición de su recurso de casación en el aducía los siguientes hechos con relevancia:

Las entidades "Derechos de autor de medios audiovisuales entidad de gestión (DAMA)" e "Ime Licensing Services, S.L. (posteriormente denominada Unison Rights, S.L)" presentaron en 2016 ante la CNMC sendas denuncias sobre ciertas conductas de la Sociedad General de Autores y Editores (SGAE).

Inicialmente la Dirección de Competencia tramitó preliminarmente dichas denuncias de forma separada en dos expedientes y realizó diversos requerimientos de información a SGAE, en los años 2016 y 2017. Tras haber analizado toda la documentación obrante en los dos expedientes (el contenido de las denuncias y las explicaciones dadas por SGAE en sus respuestas a los requerimientos de información) la DC procedió - un año después de la presentación de las denuncias- a su acumulación -mediante acuerdo de incoación de 19.10.2017- bajo el número NUM000, por entender que existía una conexión directa entre ellos.

Así pues, en lugar de tramitar procedimientos separados, la DC decidió unir los dos expedientes, por entender que existía una "conexión directa" entre las dos denuncias y las correspondientes investigaciones que se habían iniciado, y aunque se refirieran a diversas conductas. En aplicación del art. 29 del Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia (RDC), ambas vías de investigación confluyeron así en una única incoación por conductas diferentes constitutivas de abuso de posición dominante (infracción de los arts. 2 LDC y 102 TFUE). En consecuencia, la DC unió toda la documentación recabada en un único expediente.

El 21.8.2018 la CNMC adoptó el Pliego de Concreción de Hechos (PCH), en el que se mantenía la misma imputación contra SGAE formulada en el acuerdo de incoación por una serie de conductas de distinta naturaleza constitutivas supuestamente de abuso de posición dominante.



Después de haber tramitado el procedimiento, el 15.10.2018 -dos años después de la presentación de las denuncias-, la DC adopta el acuerdo del que trae causa el presente procedimiento. Mediante dicho acuerdo, absolutamente extemporáneo, la DC decide desglosar determinada documentación del expediente NUM000 e incorporarla a un nuevo expediente creado *ex profeso* (NUM002) para volver a comprobar si existen indicios de infracción. Se trata de documentación que ya tenía la CNMC incluso antes de haber incoado el expediente sancionador.

A modo de resumen, tras haber investigado en detalle, por un periodo de dos años, la actuación de SGAE, y formulado su acusación a la vista de toda la documentación que se había agrupado en un único expediente, la DC decide recuperar algunos documentos que ya estaban en dicho expediente para reiniciar sus indagaciones sobre algunas de las conductas que habían sido objeto de denuncia. Y la excusa para hacerlo es que no había conexión con las conductas incoadas, proceder que es absolutamente contradictorio con el hecho de haber unificado los expedientes NUM000 y NUM001 en uno solo por entender en el acuerdo de incoación que había una "conexión directa" entre todas las conductas denunciadas.

Esta representación consideró que el Acuerdo adoptado con fecha 15.10.2018 por la DC de la CNMC constituía una flagrante infracción de los derechos de defensa de nuestra representada y le generaba una clara indefensión al suponer el reinicio de la investigación de los mismos hechos y sobre la base de los mismos documentos que estaban en el expediente en marcha, por lo que interpuso de manera inmediata un recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional.

Mediante Auto de fecha 11.12.2019 la Sala de instancia acordó la inadmisión del recurso por haberse interpuesto contra un acto de mero trámite no susceptible de impugnación (art. 51.1.c) LJCA). El Auto recurrido en casación afirma que la decisión de la DC se limita a "deducir testimonio de determinados documentos", haciendo abstracción de la grave infracción de los derechos fundamentales de nuestra representada que supone dicha acción entendida en su contexto. Esta representación interpuso recurso de reposición contra dicho Auto que fue inadmitido. A su juicio, la sala de instancia ha obviado la relevancia que tiene la actuación recurrida en la medida que supone un acto de reinicio de la investigación vedado en derecho administrativo sancionador.

La recurrente considera que el Auto de instancia infringe el art. 25 LJCA en relación con el art. 51.1.c) LJCA al declarar la inadmisibilidad de un recurso contra un acto que sí es susceptible de recurso y ello por las siguientes razones:

Primero.

La STS de 4 de junio de 2020 (rec. 1228/2019), aunque finalmente rechaza que el requerimiento de información que dirigió la Agencia Catalana de Consumo al Banco Popular Español pudiera ser impugnado de forma autónoma por no considerarlo un acto de trámite cualificado, también reconoce con cita del art. 11.1 de la LAPC que hay supuestos en los que un acto de trámite puede ser calificado de cualificado y por tanto ser susceptible de recurso conforme a lo dispuestos en el art. 25.1 de la LJCA. Y que es necesario un análisis casuístico para determinar si el acto de trámite puede calificarse como de los cualificados porque deciden directa o indirectamente en el fondo del asunto, determinar la imposibilidad de continuar el procedimiento o producen indefensión. Y en este caso la recurrente entiende que el Acuerdo produce una clara indefensión y un perjuicio irreparable y pretende que se fije una jurisprudencia en la que se afirme cuando la Administración recupera documentación de un expediente para reiniciar de nuevo la investigación, con potencial afectación de los derechos fundamentales del administrativo y /o causando un perjuicio irreparable, debe considerarse como un acto de trámite cualificado.

Segundo.

El acto impugnado es susceptible de recurso porque genera indefensión y un perjuicio irreparable.

La CNMC llevó a cabo una profusa investigación contra nuestra representada en la que tomó la decisión de acumular, con una única incoación, diversas denuncias y escritos complementarios que habían sido presentados por varios denunciadores, así como las respuestas de nuestra representada a diversos requerimientos de información, uniendo todo lo actuado en un mismo expediente (NUM000). Después de haber notificado el PCH y pasado un año desde la incoación del expediente y más de dos desde las denuncias, la CNMC procedió, con el Acuerdo recurrido, a desglosar determinada documentación del expediente administrativo, incorporándola a otro expediente distinto (NUM002), creado *ex profeso* para volver a investigar nuevamente si de dicha documentación podía derivarse la existencia de una infracción.

A su juicio, es evidente que el acuerdo impugnado no es un acto de trámite carente de trascendencia, sino que al desgajar un conjunto de información sobre los hechos que son objeto de un procedimiento sancionador para incorporarlo a otro procedimiento creado *ex profeso* con el mismo objeto, supone una actuación administrativa



que lesiona la prohibición de doble enjuiciamiento sobre el mismo hecho o, dicho de otro modo, el principio *non bis in idem* en su vertiente procesal.

La jurisprudencia constitucional incardina dicho principio en el art. 25 CE -derecho a la legalidad- (STC 91/2008, de 21 de julio), si bien en su vertiente procesal encuentra también acogida en el art. 24.2 CE, en cuanto establece el derecho a un proceso con todas las garantías (STS 2ª de 23.12.1992). En palabras del Tribunal Constitucional (STC 188/2005, de 7 de julio): "el principio *non bis in idem* opera, tanto en su vertiente sustantiva como en la procesal, para regir las relaciones entre el ordenamiento penal y el derecho administrativo sancionador, pero también internamente dentro de cada uno de estos ordenamientos en sí mismos considerados, proscribiendo, cuando exista una triple identidad de sujeto, hechos y fundamento, la duplicidad de penas y de procesos penales y la pluralidad de sanciones administrativas y de procedimientos sancionadores, respectivamente [...].

En síntesis, dentro del ámbito administrativo sancionador, el principio *non bis in idem* prohíbe que, ante la concurrencia de sujeto, hecho y fundamento, pueda sancionarse un hecho ya sancionado o que se ha decidido no sancionar o que se encuentra en trance de enjuiciamiento en otro procedimiento".

Los hechos que el instructor del expediente pretende investigar de nuevo se encontraban incluidos en las denuncias de las cuales se derivó el expediente en el que se ha dictado la resolución recurrida. El Acto impugnado vulnera el *non bis in idem* porque dota del contenido viciado al nuevo expediente, que recibe en su seno los mismos hechos que eran objeto del proceso anterior y que ya se descartó en la incoación y en el pliego de concreción de hechos que pudieran ser constitutivos de infracción.

Además, considera que el Acuerdo administrativo impugnado ha vulnerado el derecho de defensa de nuestra representada, ya que ha adoptado su estrategia de defensa y formulado sus alegaciones en el expediente tomando como base que las supuestas infracciones por las que, en su caso, podría ser sancionada eran las que figuraban en el acuerdo de incoación y en el PCH y no los restantes hechos que ahora la CNMC quiere investigar. Se le ha impedido a nuestra representada conocer en su integridad la acusación que se formulaba contra ella para poder ejercer con plenitud su derecho de defensa.

Y también considera que el troceamiento del expediente sobre un concreto factico en varios expedientes sobre hechos desgajados del conjunto que se abren de forma sucesiva y aplazada infringe su derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas, puesto de esta manera se elude el cumplimiento del plazo de caducidad del expediente inicial.

Y también considera que se le produce un perjuicio irreparable en la medida en que se abre la vía para investigar a dicha entidad sobre los mismos hechos. El perjuicio es irreparable porque está siendo sometido a dos investigaciones paralelas con el siguiente daño económico por tener que dedicar recursos para su defensa.

Tercero.

Por otra parte, el Auto inadmite el recurso entrando al fondo del asunto porque afirma que el acuerdo recurrido en la instancia no es un acto recurrible en la medida que encuentra amparo en el art. 30 del RDC (aunque no cita este precepto). La recurrente discrepa de esta valoración y considera que el art. 30 del RDC no permite llevar a cabo la actualización realizada por la CNMC. El juzgador no puede anticipar una resolución de fondo en una resolución de inadmisión.

Cuarto.

Considera que la Sala de instancia debería haber considerado que nos encontramos ante un acto de tramite cualificado.

El art. 30 del RDC está previsto para los supuestos en los hay un expediente abierto al que es necesario incorporar documentación de un primer expediente en trámite para el esclarecimiento de los hechos, pero no para tomar documentación de un expediente en el que se ha producido una investigación y se ha elaborado un pliego de concreción de hechos para comenzar una nueva investigación por las mismas conductas y contra la misma empresa.

El art. 29 del RDC permite desglosar en un expediente en dos pero en este caso se hizo lo contrario uniendo dos denuncias en un solo expediente por entender que existía una conexión directa, incoó unos hechos descartando todos los demás

La Sala lo debió admitir permitiendo a SGAE argumentar sobre el fondo del asunto para que en sede jurisdiccional se determine si el acto es contrario a derecho. Lo relevante no es el mero traslado de la documentación de un expediente a otro sino la "vuelta a empezar" de la investigación operada por la CNMC con el acto recurrido.

El acto recurrido en la instancia no puede ser considerado por ello de mero trámite.

El Tribunal Supremo en esta sentencia debe completar la jurisprudencia existente sobre admisibilidad de los actos de trámite, estableciendo que cuando el acto en cuestión puede suponer el reinicio de la investigación y afectar consecuentemente a los derechos de defensa del administrado y/o causarle un perjuicio irreparable, se le debe atribuir la categoría de cualificado.

CUARTO. El Abogado del Estado se opone al recurso.

Considera que el objeto del recurso de casación consiste en aclarar si el acto por el que, en virtud del artículo 30 del Reglamento de Defensa de la Competencia, la Dirección de Competencia de la CNMC, se acuerda la incorporación a un expediente de la información obrante en otro puede considerarse, o no, como un acto trámite cualificado a efectos de su recurribilidad ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

A tal efecto, entiende que no existe una vinculación directa entre el caso que nos ocupa y el caso tratado en la STS de 4 de junio de 2020 (rec. 1228/2019) y, en cualquier caso, tal y como señala dicha sentencia, no cabe dar a la cuestión de interés casacional suscitada por este recurso una única respuesta válida para todos los casos pues debe ser matizada en cada caso mediante el examen particularizado de las circunstancias que concurran a fin de decidir si el acto en cuestión puede producir alguno de los efectos descritos que lo cualifique como acto de trámite y permita su impugnación autónoma y separada.

La finalidad y función del acto en el procedimiento administrativo es determinar si las conductas denunciadas y que no fueron objeto de "acusación sancionadora" en el pliego de concreción de hechos del "procedimiento sancionador de origen" (expediente NUM000) constituyen indicios de una infracción de la Ley de Defensa de la Competencia.

En los términos de la literalidad de la LDC nos encontramos en el ámbito de una información reservada previa al inicio de un procedimiento sancionador habilitada por el artículo 49.2 LDC, que tiene por objeto acreditar ("observar") indicios racionales de la existencia de conductas prohibidas por el sujeto interesado correspondiente a quien se notificará el acuerdo de iniciación en su caso conforme al último inciso del artículo 49.1 LDC.

Es claro, por tanto, que el testimonio de documentos para su incorporación en el expediente de diligencias previas o información reservada no pone término al procedimiento sancionador de "origen" ni de "destino" (que no está ni siquiera iniciado sino en fase de información reservada del artículo 49.2 LDC), sino que se trata de un acto instrumental o de preparación, que persigue la finalidad prevista en el artículo 49.2 LDC a los efectos de preparar o hacer posible una eventual posterior decisión final o de fondo sobre los hechos investigados, previa incoación (artículo 49.1 LDC) también eventual de un procedimiento sancionador: en suma, un acto de trámite.

Así, la incorporación a un expediente de la documentación obtenida en otro con la finalidad de esclarecer si los hechos son constitutivos de infracción, no pone término al procedimiento, sino que se trata de un acto instrumental o de preparación que persigue el esclarecimiento de los hechos investigados en el expediente. Es más, el art. 30 del Reglamento de la LDC establece un trámite específico de audiencia a los interesados y terceros en garantía de su derecho de defensa.

Por otro lado, nos encontramos en el ámbito de una información reservada previa al inicio de un procedimiento sancionador habilitada por el art. 49.2 de la LDC. Por tanto, los efectos del acuerdo es la incorporación documental en el marco de una información reservada en trámite y no en el de un procedimiento sancionador incoado, por lo que no podemos admitir que exista la vulneración del principio *non bis in idem* pues no concurre ni siquiera el presupuesto mínimo necesario para apreciarla ya que ni siquiera existía un procedimiento sancionador iniciado en el momento en el que se dictó el acto impugnado, mediante un acuerdo de incoación de un procedimiento sancionador.

Desde la perspectiva constitucional, lo que es exigible es el conocimiento de los hechos imputados para poder defenderse y tal exigencia puede ser cumplido suficientemente si tales hechos se reflejan en el pliego de cargos, sin que haga falta que se formule acusación en el periodo de información reservada.

Y el Tribunal Supremo en su sentencia ha afirmado en la STS de 13 de diciembre de 2016, en recurso de casación 2941/2015 (ECLI:ES:TS:2016:5479) frente a un acuerdo de incoación de un procedimiento sancionador por la Comisión Nacional del Mercado de Valores previa anulación por sentencia firme de la sanción anterior por causa de caducidad del primer procedimiento sancionador que "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)].



[...] 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 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).

[...] Y, aunque sabemos que el segundo expediente seguido al Sr. Bernabe 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."

Al haberse realizado la actuación controvertida en el marco de una información previa y sin procedimiento incoado, la acusación formal a efectuar tendrá lugar, en su caso, tras la incoación del correspondiente expediente sancionador, tras observar indicios racionales de la existencia de conductas prohibidas, en concreto, en la formulación del correspondiente Pliego de Concreción de Hechos (PCH).

Será únicamente tras la notificación de dicho pliego cuando la empresa afectada pueda hacer valer plenamente su derecho de defensa en relación con el test de la triple identidad en relación con la prohibición del *ne bis in idem*. El contraste necesario de la triple identidad necesaria de sujeto, hecho y fundamento no es posible cuando ni siquiera se han fijado por el órgano instructor los hechos en los que se basaría una eventual incoación de procedimiento sancionador que no quedan predeterminados por el testimonio de la documentación procedente de otro procedimiento, ni existe formalización en el concreto caso del principio acusatorio que active todas las posibilidades del derecho de defensa, ni por supuesto pueden conocerse los fundamentos normativos que puedan ser supuestamente vulnerados.

La resolución administrativa cuestionada ni siquiera procede a incoar o iniciar un nuevo procedimiento sancionador por los mismos hechos considerados en el procedimiento sancionador desde el que se emite el testimonio de los documentos ni prejuzga la iniciación de un procedimiento sancionador.

No es un acto de terminación del procedimiento, sino un acto de trámite dictado en el marco de una información reservada sin que, en el momento en que se dicta, se haya incoado procedimiento sancionador alguno contra la recurrente. Estamos ante un acto de trámite que decida directamente o indirectamente sobre el fondo del asunto, sino que se trata de un acto instrumental o de preparación, que tiene por finalidad determinar con carácter preliminar si concurren o no las circunstancias que justificarían la incoación, en su caso, de un expediente sancionador, tal y como señala el artículo 49.2 de la LDC, y en el que se formalizara el principio acusatorio. Y no se integra en un procedimiento administrativo autónomo sino en unas actuaciones previas subordinadas a un procedimiento sancionador, careciendo de autonomía y sustantividad propia.

El acto impugnado no determina la posibilidad de continuar el procedimiento sancionador de origen ni el expediente de destino de información reservada y previa en su caso a la iniciación del procedimiento sancionador, con integridad de las posibilidades plenas de defensa de cualquier interesado en un procedimiento sancionador.

La existencia de indefensión derivada de un supuesto doble enjuiciamiento es prejuzgar el fondo del asunto en el momento en que se produce el acto de traslado o testimonio de actuaciones y desde luego no genera ninguna indefensión pues se adopta en el marco de una información reservada en trámite y no en el de un procedimiento sancionador incoado, por lo que resulta insostenible defender la vulneración del principio *ne bis in idem* sobre la base de la concurrencia de sujeto, hecho y fundamento en trance de enjuiciamiento cuando, ni siquiera, se ha fijado por el órgano instructor los hechos en los que se basa la incoación, el interesado contra quien se dirige el procedimiento sancionador o los fundamentos normativos supuestamente vulnerados.



QUINTO. Quedaron las actuaciones pendientes de señalamiento para votación y fallo, fijándose al efecto el día 25 de octubre de 2022, en cuyo acto tuvo lugar, habiéndose observado las formalidades legales referentes al procedimiento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. El presente recurso de casación impugna el Auto de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional de 11 de diciembre de 2019 (rec. 1102/2018) por el que, estimando las alegaciones previas formuladas por el Abogado del Estado, se inadmitió el recurso contencioso interpuesto por la "Sociedad General de Autores y Editores (en adelante SGAE)" contra el Acuerdo de la Dirección de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 15 de octubre de 2018 en el que se decidió deducir testimonio de determinados documentos de un expediente sancionador para incorporarlos a un nuevo expediente sancionador y se concedió a las partes (a la entidad "Derechos de Autor de Medios Audiovisuales, entidad de Gestión "(DAMA) y a la entidad "Unison Rights, S.L". (UNISON RIGHTS) y a la "SGAE") un plazo para formular alegaciones.

Los documentos en cuestión estaban aportados al expediente sancionador (NUM000), y se pretendía incorporarlos al expediente NUM002, con el objeto de determinar si algunas de las conductas mencionadas en las denuncias y que no habían sido tomadas en consideración en el acuerdo de incoación del expediente inicial, constituían indicios de una infracción de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC).

SEGUNDO. La presente controversia se centra en determinar si el acto por el que se acuerda la incorporación a un expediente de la información obrante en otro expediente sancionador puede considerarse o no como un acto de trámite cualificado a efectos de su recurribilidad ante la jurisdicción contencioso-administrativa con arreglo a lo dispuesto en los artículos 25.2 LJCA y 47 de la Ley 15/2007, de 3 de julio de Defensa de la Competencia.

El artículo 25.1 LJ considera actos impugnables ante la jurisdicción contencioso-administrativa "[...] los actos expresos y presuntos de la Administración pública que pongan fin a la vía administrativa, ya sean definitivos o de trámite, si estos últimos deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos".

El recurrente aduce que el testimonio afecta a unos hechos, que se pretenden investigar de nuevo, que se encontraban incluidos en las denuncias que motivaron la iniciación del primer expediente en el que ya se descartó en el acto de incoación y en el pliego de concreción de hechos que pudieran ser constitutivos de infracción. Entiende que dicha actuación vulnera el *non bis in idem* procesal porque dota del contenido viciado al nuevo expediente, que recibe en su seno los mismos hechos que eran objeto del proceso anterior. El acto de trámite que ordena traer ciertos documentos de otro expediente supone el reinicio de la investigación afectando a los derechos de defensa del administrado y le causa un perjuicio irreparable, por ello entiende que se trata de un acto de trámite cualificado y, por lo tanto, recurrible de forma autónoma.

Por el contrario, la sala de instancia consideró que la decisión de incorporar determinados documentos recogidos en un expediente a uno nuevo, creado con el objeto de investigar determinadas conductas que la Dirección de Competencia de la CNMC no incluyó en el acuerdo de incoación del primer expediente, constituye un acto de mero trámite no susceptible de impugnación y que no se integra entre los contemplados en el artículo 47 de la LDC. Argumenta que es prematura hablar de *ne bis in idem* procesal o de indefensión cuando lo único que se está haciendo es habilitar a la interesada para que se manifiesta sobre unos nuevos acontecimientos. Entiende que la actora tendrá tiempo para realizar alegaciones con el discurrir del procedimiento sancionador en función del alcance que se les dé a dichos documentos.

TERCERO. Ambas partes coinciden en afirmar que el acuerdo por el que se ordena deducir testimonio de determinados documentos para su incorporación a otro expediente es un acto de trámite.

La discrepancia surge, y ahí radica la cuestión que presenta interés casacional, en torno a si nos encontramos o no ante un "acto de trámite cualificado" de conformidad con lo dispuesto en los artículos 25.2 LJCA y art. 112 de la Ley 39/2015 de procedimiento administrativo y, por lo tanto, susceptible de recurso autónomo.

Tal y como afirmábamos en nuestra sentencia STS de 4 de junio de 2020 (rec. 1228/2019) :

"La impugnabilidad o no de los actos administrativos viene determinada [...] por la función del acto de que se trate en el procedimiento administrativo, en el que cabe diferenciar entre los actos de trámite, que tienen un carácter preparatorio o instrumental y la resolución final, que decide el fondo del asunto y pone término al procedimiento, de forma que los recursos solo serán admisibles frente esta última y, no frente a los actos de trámite, con las excepciones a que luego nos referiremos.



Lo anterior no supone que los actos de trámite no sean susceptibles de impugnación, sino únicamente que no pueden ser impugnados de forma separada al acto que ponga término al procedimiento.

Así resulta del artículo 112.1 LPAC, que señala:

La oposición a los restantes actos de trámite podrá alegarse por los interesados para su consideración en la resolución que ponga fin al procedimiento".

Pero, tal y como afirmábamos en dicha sentencia, la determinación de cuando un acto de trámite debe considerarse como cualificado no tiene una respuesta única, válida para todos los casos, sino que debe ser matizada en cada caso mediante el examen particularizado de las circunstancias que concurren, en especial las relativas a su objeto y extensión, a fin de decidir si el acto en cuestión puede producir alguno de los efectos descritos en el artículo 25 de la LJ y 112.1 de la LPAC que lo cualifique como acto de trámite y permita su impugnación autónoma y separada del acto resolutorio del procedimiento.

CUARTO. En el supuesto que nos ocupa, el instructor de un expediente sancionador acuerda deducir testimonio de algunos documentos obrantes en el expediente con la finalidad de que se investigue si ciertas conductas, que no fueron perseguidas en dicho expediente, son o no constitutivas de infracción distinta.

Estamos ante un acto de trámite que no decide ni directa ni indirectamente sobre el fondo del asunto. Se trata de un mero acto instrumental que se limita a dar traslado de determinados documentos para que se pueda valorar de forma autónoma si está justificada la iniciación y tramitación de un nuevo expediente que permita esclarecer si existió una infracción distinta a la ya perseguida.

Este acuerdo no finaliza ningún procedimiento, ni siquiera inicia uno nuevo. Se enmarca en el ámbito de una actividad procesal y meramente instrumental que permitirá realizar una actividad indagatoria previa al amparo del art. 49.2 de la Ley de Defensa de la Competencia, "Ante la noticia de la posible existencia de una infracción, la Dirección de Competencia podrá realizar una información reservada, incluso con investigación domiciliaria de las empresas implicadas, con el fin de determinar con carácter preliminar si concurren las circunstancias que justifiquen la incoación del expediente sancionador".

Es más, aun cuando se considerase que el acuerdo por el que se deduce testimonio implica ya la incoación de un nuevo expediente sancionador debe recordarse que el Tribunal Supremo en una abundante jurisprudencia ha venido considerando que incluso los actos que inician un procedimiento sancionador deben considerarse actos de trámite no cualificados. Así, en la STS de 13 de diciembre de 2016 (rec. 2941/2015) referida a un acuerdo de incoación de un procedimiento sancionador por la Comisión Nacional del Mercado de Valores se afirmaba que "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)].

Por otra parte, desde la perspectiva de un expediente ya existente es perfectamente posible, en el ejercicio de la actividad indagatoria, incorporar documentos procedentes de otro procedimiento. El artículo 30 del Reglamento de Defensa de la Competencia RD 261/2008, de 22 de febrero, permite la incorporación de información a un expediente en los siguientes términos "La Dirección de Investigación podrá acordar la incorporación a un expediente de la información obrante en otro cuando la misma sea necesaria para el esclarecimiento de los hechos investigados en aquél. El acuerdo de incorporación será notificado a los interesados y a los terceros que hubieran remitido la información objeto de incorporación, concediéndoles un plazo de 5 días para que aleguen cuanto estimen conveniente para la defensa de sus derechos e intereses".

QUINTO. La SGAE considera que el acto administrativo que acordó deducir testimonio no es un acto de trámite carente de trascendencia, sino que al desgajar un conjunto de información sobre los hechos que son objeto de un procedimiento sancionador para incorporarlo a otro procedimiento creado *ex profeso* con el mismo objeto, supone una actuación administrativa que lesiona el principio *non bis in idem* en su vertiente procesal y que le genera indefensión y un perjuicio irreparable.

Entiende vulnerado su derecho de defensa por cuanto dicha entidad adaptó su estrategia de defensa y formuló sus alegaciones tomando como base que las supuestas infracciones por las que, en su caso, podría ser sancionada eran las que figuraban en el acuerdo de incoación y en el PCH y no los restantes hechos que ahora la CNMC quiere investigar. Se le ha impedido a nuestra representada conocer en su integridad la acusación que se formulaba contra ella para poder ejercer con plenitud su derecho de defensa.



Considera que el troceamiento del expediente sobre unos mismos hechos en varios expedientes infringe su derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas, puesto de esta manera se elude el cumplimiento del plazo de caducidad del expediente inicial.

Y finalmente argumenta que ello le produce un perjuicio irreparable en la medida en que está siendo sometido a dos investigaciones paralelas con el siguiente daño económico por tener que dedicar recursos para su defensa.

Pues bien, en respuesta a las cuestiones planteadas ha de partirse de que la mera deducción de testimonio respecto de algunos documentos para entonces decidir, a la vista de las indagaciones que se realicen, si se incoa un nuevo expediente sancionador y se dirige una imputación contra dicha sociedad no vulnera el principio *non bis in idem*, tampoco en su vertiente procesal.

El principio *non bis in idem* se incardina, como acertadamente señala la parte recurrente, en el art. 25 CE -derecho a la legalidad- (STC 91/2008, de 21 de julio). Y dicho principio, tal y como ha señala una constante jurisprudencia del Tribunal Constitucional (STC 188/2005, de 7 de julio) "[...] opera, tanto en su vertiente sustantiva como en la procesal, para regir las relaciones entre el ordenamiento penal y el derecho administrativo sancionador, pero también internamente dentro de cada uno de estos ordenamientos en sí mismos considerados, proscribiendo, cuando exista una triple identidad de sujeto, hechos y fundamento, la duplicidad de penas y de procesos penales y la pluralidad de sanciones administrativas y de procedimientos sancionadores, respectivamente [...].

En síntesis, dentro del ámbito administrativo sancionador, el principio *non bis in idem* prohíbe que, ante la concurrencia de sujeto, hecho y fundamento, pueda sancionarse un hecho ya sancionado o que se ha decidido no sancionar o que se encuentra en trance de enjuiciamiento en otro procedimiento".

Así pues, la apreciación del elemento "idem" debe basarse en una triple identidad: identidad de infractor, identidad de los hechos e identidad del interés jurídico protegido.

En materia de defensa de la competencia la STJUE de 14 de febrero de 2012, (Toshiba Corporation y otros (C-17/10), confirmó la aplicabilidad del triple requisito relativo al elemento idem . Poco después, el criterio de la identidad del interés jurídico protegido fue de nuevo confirmado por el Tribunal de Justicia en la sentencia de 25 de febrero de 2021 (C-857/19, asunto Slovak Telekom) referido a dos procedimientos relativos a, aparentemente, hechos diferentes (en ese asunto, diferentes mercados de productos).

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su sentencia de 22 de marzo de 2022 (asunto C-117/20) aclara que la identidad de los hechos materiales se entiende como un conjunto de circunstancias concretas derivadas de acontecimientos que son, en esencia, los mismos, en la medida en que implican al mismo autor y están indisolublemente ligados entre sí en el tiempo y en el espacio (véanse, en este sentido, las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 10 de febrero de 2009, *Sergueï Zolotoukhine c. Rusia*, 83 y 84, y de 20 de mayo de 2014, *Pirttimäki c. Finlandia*, §§ 49 a 52).

Naturalmente, esta identidad no se produjera si ambos procedimientos se refieren a periodos distintos o conductas diferentes, para que exista esa identidad de hechos se precisa que los dos conjuntos de hechos se superpongan, debe existir identidad dentro de esa superposición. El TEDH describe la identidad de los hechos como un conjunto de circunstancias fácticas concretas que implican al mismo infractor y están unidas indisolublemente en el tiempo y en el espacio. (TEDH, sentencia de 10 de febrero de 2009, *Zolotukhin c. Rusia*).

La concurrencia de esta triple identidad solo es posible comprobarla una vez iniciado el segundo procedimiento, cuando se conozcan los hechos que se persiguen y la infracción que se imputa. Pero el acuerdo por el que se ordena deducir testimonio de unos documentos no permite conocer que hechos serán perseguidos en el segundo expediente y eventualmente la infracción que se dirigirá, caso de producirse dicha imputación, contra la sociedad recurrente.

La pretendida indefensión derivaría a juicio de la entidad recurrente de un supuesto doble enjuiciamiento de los mismo hechos que fueron objeto de un procedimiento anterior y por la misma infracción, pero ello implica anticipar un pronunciamiento que no es posible imputar al acto impugnado y que no es posible analizar atendiendo a los elementos de juicio disponibles cuando se adopta el acuerdo impugnado.

Es tras el pliego de concreción de hechos, donde se recogen los hechos que puedan ser constitutivos de infracción, tal y como dispone el art. 50.3 de la Ley 15/2007, de Defensa de la competencia y el art. 33 del RD 26/2008, de 22 de febrero por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia, cuando será posible afirmar si los hechos perseguidos en ambos expedientes son los mismos y solo tras conocer la infracción que se le imputa si existe una coincidencia en su fundamento jurídico.



Y será en ese segundo expediente donde la parte pueda alegar lo que estime conveniente en su defensa, incluida la vulneración del principio *ne bis in idem*.

Tal y como afirma la sentencia, es prematuro que se invoque cualquier vulneración del principio *non bis in idem* cuando lo que se impugna es el acuerdo administrativo por el que se deduce testimonio de determinados documentos para que se valore si determinadas conductas, no perseguidas hasta ese momento en el primer expediente, pudieran ser constitutivas de infracción.

La sociedad recurrente mantiene intacta su posibilidad de defensa en el nuevo procedimiento incluyendo la posibilidad de aducir la infracción de dicho principio si entendiéndose que concurre la triple identidad antes aludida.

Tampoco se aprecia que el acto impugnado le cause un perjuicio irreparable por el hecho de que existan varios expedientes paralelos contra la misma entidad, con tal de que se respete el principio *non bis in idem* antes aludido, pues es perfectamente posible iniciar varios expedientes sancionadores contra una misma entidad por hechos e infracciones distintas y la entidad imputada tendrá que articular los medios de defensa que considere necesarios en cada uno de ellos sin que ello vulnere en absoluto su derecho de defensa.

Y finalmente, tampoco se considera que dicho acuerdo le genera un perjuicio irreparable, pues como tal no puede tenerse, a los efectos de su consideración como un acto de trámite cualificado que permita una impugnación autónoma, el tener que dedicar recursos económicos diferentes para su defensa.

Por todo ello, procede confirmar el Auto impugnado al considerar que el Acuerdo de la Dirección de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 15 de octubre de 2018 en el que se decidió deducir testimonio de determinados documentos de un expediente sancionador para incorporarlos a otro concediendo a las partes un plazo para alegaciones, es un acto administrativo instrumental de trámite que no reúne los requisitos para ser considerado un acto de trámite cualificado que permita una impugnación autónoma. Por ello, se considera conforme a derecho la decisión de inadmitir el recurso contencioso administrativo interpuesto por la Sociedad General de Autores y Editores.

SSEXTO. Doctrina jurisprudencial que se establece en respuesta a las cuestiones planteadas en el auto de admisión del recurso de casación.

En respuesta a la cuestión de interés casacional planteada consistente en determinar si el acto por el que la Dirección de Competencia de la CNMC acuerda la incorporación a un expediente de la información obrante en otro puede considerarse o no como un acto de trámite cualificado a efectos de su recurribilidad ante la jurisdicción contencioso-administrativa con arreglo a lo dispuesto en los artículos 25.2 LJCA y 47 de la Ley 15/2007, de 3 de julio de Defensa de la Competencia, debe señalarse que la determinación de cuando un acto de trámite debe considerarse como cualificado no tiene una respuesta única, válida para todos los casos, sino que debe ser matizada en cada caso mediante el examen particularizado de las circunstancias que concurren, en especial las relativas a su objeto y extensión, a fin de decidir si el acto en cuestión puede producir alguno de los efectos descritos en el artículo 25 de la LJ y 112.1 de la LPAC que lo cualifique como acto de trámite y permita su impugnación autónoma y separada del acto resolutorio del procedimiento.

Por lo que respecta al presente caso, se considera que el acuerdo por el que se deduce testimonio de una denuncia y otros documentos obrantes en un expediente sancionador para su incorporación a otro con la finalidad de indagar si determinadas conductas pueden ser constitutivas de infracción de la Ley de Defensa de la Competencia, debe considerarse un acto de trámite e instrumental, que no cumple las exigencias previstas en el art. 25.2 de la LJ para ser considerado un "acto de trámite cualificado" y, por lo tanto, susceptible de impugnación autónoma.

SSEXTIMO. Costas.

De conformidad con lo dispuesto en el art 93.4 LJ cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad sin que se aprecien razones de temeridad o mala fe en el presente litigio que justifiquen la imposición de las costas a ninguna de las partes intervinientes. Se mantiene el pronunciamiento sobre costas realizado en la instancia.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido de acuerdo con la interpretación de las normas establecida en el fundamento jurídico sexto:



1º Desestimar el recurso de casación interpuesto por la Sociedad General de Autores y Editores contra el Auto de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional de 11 de diciembre de 2019 (rec. 1102/2018)

2º No hacer expresa condena en costas.

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

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ