

RESOLUCIÓN DEL RECURSO DE ALZADA INTERPUESTO POR AUDAX RENOVABLES, S.A. CONTRA EL ACUERDO EN MATERIA DE PRUEBA ADOPTADO EN EL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR SNC/DE/083/19.

R/AJ/048/20

SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA

Presidente

D. Ángel Torres Torres

Consejeros

D. Mariano Bacigalupo Saggese

D. Bernardo Lorenzo Almendros

D. Xabier Ormaetxea Garai

D^a Pilar Sánchez Núñez

Secretario de la Sala

D. Joaquim Hortalà i Vallvé, Secretario del Consejo

En Madrid, a 16 de julio de 2020

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Incoación del procedimiento SNC/DE/083/19 y decisión adoptada sobre el trámite de prueba.

Tras la práctica de un período de información previa, seguido a raíz de la denuncia presentada ante la CNMC por un consumidor contra Audax Energía, S.A. (actualmente, Audax Renovables, S.A.), por motivo de las prácticas seguidas por comerciales de la citada empresa, conforme a las que, se habría realizado, en el domicilio del denunciante, y valiéndose de engaño previo, el cambio de la compañía suministradora del servicio de energía eléctrica y gas natural, el Director de Energía de la CNMC acordó, en fecha 4 de diciembre de 2019, la incoación de un procedimiento sancionador (expediente SNC/DE/083/19) contra la mencionada empresa comercializadora de electricidad y gas natural.

En el acuerdo de incoación, se indica, entre otros aspectos, lo siguiente:

“1.El procedimiento se dirige contra AUDAX ENERGÍA S.A., como persona jurídica presuntamente responsable del incumplimiento de las obligaciones de las comercializadoras relativas a las prácticas de contratación con los clientes.

En concreto, la obligación de las comercializadoras de no realizar prácticas de contratación en los domicilios de los clientes de forma directa, salvo que sea a petición expresa y a propia iniciativa de estos últimos, establecidas en el artículo 46t) de la Ley 24/2013, del Sector Eléctrico y 81.2 s) de la Ley 34/1998, del Sector de Hidrocarburos, respectivamente.

II. El artículo 65.43 de la Ley del Sector Eléctrico y el artículo 110 ao) de la Ley del Sector Hidrocarburos, tipifican como infracción grave, «El incumplimiento por parte de los comercializadores de las obligaciones establecidas en la normativa relativas a prácticas de contratación y relación con los clientes».

A la vista de las circunstancias descritas y en tanto que la visita del comercial al domicilio de la denunciante dio lugar a una contratación tanto del suministro eléctrico como de gas natural y sin perjuicio de lo que resulte de la instrucción, dicho comportamiento podría ser considerada como dos infracciones graves, una de lo establecido en el artículo 65.43 de la Ley del Sector Eléctrico y otra de lo establecido en el artículo 110 ao) de la Ley del Sector de Hidrocarburos.”

En el marco de la tramitación del procedimiento incoado, Audax Renovables solicitó a la CNMC la realización de dos pruebas: una, de tipo documental, consistente en la incorporación al procedimiento de determinada documentación aportada por Audax Renovables durante el período de información previa, y otra, de tipo testifical, consistente en la declaración de la persona denunciante. Asimismo, Audax Renovables solicitó que se le diera traslado del documento de denuncia presentado por el consumidor.

Por acuerdo de 12 de mayo de 2020, el Director de Energía consideró innecesaria la práctica de prueba documental, en la medida en que los documentos aportados por Audax Renovables habían pasado ya, directamente, a quedar incorporados al procedimiento:

“Por tanto, es innecesaria la práctica de esta prueba en la medida en que el órgano instructor, de oficio, debe tener en cuenta la totalidad de los documentos obrantes en el expediente, incluidos los aportados por los interesados en el periodo de información previa.”

Asimismo, por medio de dicho acuerdo, el Director de Energía consideró innecesaria la declaración testifical, en la medida en que la declaración del denunciante ya consta por medio de su escrito de denuncia:

“Asimismo, la propuesta de interrogatorio de la denunciante debe igualmente inadmitirse, puesto que AUDAX ENERGÍA, S.A. no ha manifestado siquiera el hecho que pretende probar mediante el interrogatorio de D^a. Carolina Da Silva Montes, esto es, la finalidad de la prueba propuesta y, por tanto, AUDAX ENERGÍA, S.A., impide a este órgano instructor valorar la pertinencia de dicha prueba.

Sin perjuicio de lo anterior, la versión de la denunciante sobre los hechos objeto de este procedimiento ya consta en el presente expediente sancionador puesto que se contienen en el escrito de denuncia.”

Finalmente, en lo relativo al traslado de la denuncia, se indicaba lo siguiente:

“Por último, en cuanto a que se le dé traslado de la denuncia, sin perjuicio de que AUDAX ENERGÍA, S.A. ya tuvo conocimiento de los hechos denunciados

en el marco del procedimiento de información previa, podrá acceder al documento y al resto del expediente cuando se formule la Propuesta de resolución.”

Este acuerdo de 12 de mayo de 2020 fue notificado a Audax Renovables el 14 de mayo de 2020.

Segundo.- Interposición del recurso de alzada.

El 8 de junio de 2020 Audax Renovables ha presentado en el registro de la CNMC recurso de alzada contra el acuerdo de denegación de prueba del procedimiento SNC/DE/083/20.

En el recurso presentado, Audax Renovables alega, esencialmente, lo siguiente:

- El acuerdo de denegación de prueba ocasiona indefensión. Asimismo, según Audax Renovables, prejuzga el fondo del asunto y le ocasiona perjuicios irreparables.
- Tal y como dijo Audax Renovables en sus alegaciones al acuerdo de incoación, la visita del comercial de Audax Renovables al domicilio del consumidor se hizo previa petición expresa del mismo, y, si la CNMC no tiene por cierto este hecho, debe practicarse prueba al respecto.
- La falta de entrega de la denuncia a Audax Renovables infringe el artículo 53.1.a) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre.

Por medio de su recurso, Audax Renovables solicita la nulidad del acuerdo de denegación de prueba, la admisión de la prueba testifical y la remisión inmediata de copia de la denuncia presentada:

“A LA SALA DE SUPERVISION REGULATORIA DE LA COMISION NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA SOLICITO que teniendo por presentado este escrito se sirva admitirlo, teniendo por interpuesto en tiempo y forma RECURSO DE ALZADA contra el “ACUERDO POR EL QUE SE DENIEGA LA PRÁCTICA DE LA PRUEBA PROPUESTA POR AUDAX ENERGÍA S.A. EN EL MARCO DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR POR PRESUNTO INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES DE LAS COMERCIALIZADORAS RELATIVAS A LAS PRÁCTICAS DE CONTRATACION CON LOS CLIENTES” de 12 de mayo de 2020 firmado por el Director de Energía; admitir el mismo a trámite a fin de que en su día, estimando íntegramente el mismo, por la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC, se decrete la nulidad de pleno derecho de la resolución recurrida, ordenando la retroacción del procedimiento al momento anterior al dictado de la resolución que es objeto de anulación, ello a fin de que por parte del Instructor del expediente se dicte nueva resolución admitiendo la práctica de la prueba testifical solicitada por AUDAX RENOVABLES S.A. y ordenando todo lo conducente para su práctica, debiéndose entregar asimismo a AUDAX RENOVABLES S.A., ello con carácter inmediato, copia literal de la denuncia presentada contra la misma.”

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Habilitación competencial.

Audax Renovables interpone recurso de alzada contra el acuerdo del Director de Energía de denegación de práctica de prueba en el procedimiento sancionador SNC/DE/083/19.

Según el artículo 36.1 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC, los actos y decisiones de los órganos de la Comisión distintos del Presidente y del Consejo podrán ser objeto de recurso administrativo conforme a lo dispuesto la normativa general de procedimiento administrativo. A este respecto, el artículo 121.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, dispone que los actos administrativos podrán ser recurridos en alzada ante el órgano superior jerárquico del que los dictó.

Conforme al artículo 8.2.d) del Estatuto Orgánico de la CNMC (aprobado por el Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto), corresponde al Consejo resolver los recursos contra los actos y decisiones de otros órganos de la CNMC. De acuerdo con el artículo 21 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, la Sala de Supervisión Regulatoria es, en concreto, competente para resolver el presente recurso, interpuesto contra una decisión adoptada por el Director de Energía.

Partiendo de que la documentación presentada por Audax Renovables como prueba documental obra de por sí en el expediente administrativo, el objeto del recurso presentado se extiende a dos aspectos:

- La anulación de la denegación de la práctica de la prueba testifical.
- La anulación de la denegación del acceso al documento de la denuncia.

Segundo.- Sobre la denegación de la práctica de prueba testifical.

Argumenta Audax Renovables en su recurso que debería existir prueba sobre los hechos controvertidos (en particular, sobre si la visita domiciliaria se realizó previa petición expresa del denunciante).

Al respecto ha de indicarse que este hecho será objeto de valoración oportuna una vez que termine la instrucción del procedimiento, considerando la globalidad de documentos que se hayan aportado y pruebas que en su caso se hayan practicado. En todo caso, obran en el expediente los documentos aportados por Audax Renovables, incluidos los documentos sonoros.

Lo que cumple decidir ahora es si la denegación de la prueba testifical, solicitada por Audax Renovables, es procedente, o no.

Esta prueba ha sido rechazada por el instructor del procedimiento por innecesaria (al amparo de lo previsto en el artículo 77.3 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre), considerando que la declaración del denunciante obra ya en el expediente (es la denuncia).

La jurisprudencia ha avalado este tipo de razonamiento. Así, el Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo) en su sentencia de 2 de julio de 2014 (recaída en el recurso de casación 711/2012) considera correctamente denegada –por innecesaria- la prueba consistente en la declaración testifical del técnico que efectúa un informe que ya consta en el expediente administrativo:

“En cuanto a la denunciada indebida denegación de la prueba testifical oportunamente solicitada por la representación procesal de la Fundación demandante, como ésta misma reconoció al deducir, en su día, el recurso de reposición, se trataba de recibir declaración a un técnico cuyo informe estaba incorporado al expediente del Plan impugnado, relativo al estudio de ruido, razón por la que la Sala de instancia rechazó dicha prueba testifical por su inutilidad para decidir acerca de las cuestiones planteadas en el pleito, y, en consecuencia, al así decidir, no vulneró el Tribunal a quo el derecho a la tutela judicial efectiva de la demandante amparado por el artículo 24 de la Constitución, ya que resultaba innecesario recibir declaración a quien elaboró un estudio sobre el ruido que aparece unido al expediente administrativo tramitado para la aprobación del Plan sectorial.”

A mayor abundamiento, cabe hacerse eco de las siguientes reflexiones efectuadas por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia acerca del interés de los denunciados en someter a declaraciones testificales a los denunciados. En su sentencia 1845/2000, de 15 de noviembre, recaída en el recurso contencioso-administrativo 94/1998, el Tribunal Superior de Justicia de Galicia recuerda las diferencias entre el ámbito penal y el sancionador administrativo (o, en el caso de la sentencia, el disciplinario), señalando, en definitiva, que no es esencial, para la defensa del imputado, ni el conocimiento de la identidad del denunciante, ni la práctica de la declaración testifical del mismo:

“Consecuencia de todo lo anterior es que, a diferencia de lo que sucede en un proceso penal, los denunciados no tienen derecho a ser parte en un procedimiento disciplinario, ya que en él se trata de preservar el prestigio y dignidad de la Administración y de quienes trabajan a su servicio así como de tutelar en el ámbito interno de la organización administrativa el cumplimiento de los deberes profesionales por parte de los empleados públicos (máxime en el caso de autos en que se imputa grave falta de consideración o desconsideración con los alumnos, infracción que se produce en el ámbito de las relaciones internas de una institución pública de enseñanza), por lo que no es tan decisivo como se pretende su anonimato ni afecta decisivamente a los derechos de la actora el hecho de desconocer su identidad ya que con ello no se recorta la posibilidad que tiene de demostrar la inexistencia de los hechos imputados o su ausencia de culpabilidad en ellos. En este sentido cabe recordar que, en contra de lo que sucede en el Derecho Penal, el poder disciplinario tiene un ámbito mucho más reducido, el orden protegido va referido a la organización administrativa, a la relación de servicio, y el destinatario de su protección es la propia Administración, partiendo de la directriz de que dicha relación de servicio conlleva unas obligaciones cuyo cumplimiento garantiza la buena marcha de dicho servicio, necesaria para el adecuado funcionamiento de la organización y de los fines a que sirve, en definitiva, el derecho disciplinario persigue, más que el restablecimiento del

orden social quebrantado (como sucede en el Derecho penal), la salvaguarda del prestigio y dignidad de la Administración y la garantía de la correcta actuación de los funcionarios. En consecuencia, no se trata de la imposición de normas de convivencia social ni del análisis de su transgresión por cualquier ciudadano (propios de los vínculos de sujeción general), sino del acatamiento del mandato de la observancia de los deberes del cargo por parte de un funcionario para el correcto funcionamiento del servicio (propio de la relación de sujeción especial), pudiendo exigirle que extreme la cautela en el cumplimiento de sus funciones para evitar que se perturbe. No es trascendente en este ámbito de la función pública el descubrimiento de la identidad de quienes pusieron los hechos en conocimiento de la Administración a fin de que ésta los investigase ya que con ello no se genera indefensión a la investigada ni se aminoran sus derechos. Ello al margen de que la señora Sandra dio muestras de conocer quiénes eran los mencionados padres de alumnos al aludir a aquellos en la prueba practicada a su instancia coincidiendo, por otra parte, con aquellos a quienes no recibía previamente (lo que motivó la intervención de la Inspección y Delegación provincial), por lo que tal desconocimiento para ella no era cierto. Y a la hora de realizar la comprobación sobre la realidad fáctica acaecida tampoco es medio único la manifestación de los propios denunciantes puesto que es de esperar que reiteren lo ya denunciado (en otro caso retirarían las quejas y la propia denuncia), siendo más lógico recibir declaración a otros intervinientes o partícipes que por propio conocimiento o por referencia puedan aportar datos o revelar informaciones que bien corroboren o bien contradigan lo que en los escritos iniciales se relata, por lo que tampoco puede extrañarse ni puede reputarse como ilegal la denegación de la prueba consistente en la declaración de aquéllos. No es como en un procedimiento penal en que la ratificación de la denuncia sí sería relevante, ya que ahora se trata de verificar si realmente se han incumplido los deberes profesionales y éticos que el empleado público debe observar, como en el caso de autos sucede con la obligación de trato considerado y correcto (artículo 79 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado, texto articulado aprobado por Decreto 315/1964 de 7 de febrero).”

A la vista de lo anterior, a juicio de esta Sala, no puede considerarse indebida la denegación de prueba acordada por el órgano instructor del procedimiento.

Tercero.- Sobre el acceso al texto de la denuncia.

Audax Renovables pretende tener acceso al texto de la denuncia.

Para ese objeto, el acuerdo de denegación de prueba remite a esta empresa al momento en que se formule la propuesta de resolución.

El artículo 53.1.a) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, dispone lo siguiente:

“Además del resto de derechos previstos en esta Ley, los interesados en un procedimiento administrativo, tienen los siguientes derechos:

a) A conocer, en cualquier momento, el estado de la tramitación de los procedimientos en los que tengan la condición de interesados; el sentido del silencio administrativo que corresponda, en caso de que la Administración no dicte ni notifique resolución expresa en plazo; el órgano competente para su instrucción, en su caso, y resolución; y los actos de trámite dictados. Asimismo,

también tendrán derecho a acceder y a obtener copia de los documentos contenidos en los citados procedimientos.”

Pues bien, puede observarse que, tras la recepción de la denuncia, el acuerdo de apertura del período de información previa, del que se dio traslado a Audax Renovables, contiene un resumen muy amplio del contenido de la denuncia, lo que ha sido suficiente para que esta empresa conozca la imputación y los hechos en que se basa la misma.

No obstante, considerando lo establecido en el artículo 53.1.a) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, y a la vista de la petición realizada al respecto por la empresa imputada, se considera procedente el traslado del texto original de la denuncia a Audax Renovables (sin perjuicio, obviamente, de los eventuales datos de carácter personal que haya en la denuncia y que no sean ya de conocimiento de Audax Renovables por motivo de las relaciones tenidas con el denunciante).

Vistos los antecedentes y fundamentos de Derecho, la Sala de Supervisión Regulatoria,

RESUELVE

Único.- Estimar parcialmente el recurso de alzada presentado por Audax Renovables, S.A. contra el acuerdo de denegación de prueba del procedimiento SNC/DE/083/19, acordando que se dé traslado del texto de la denuncia a la empresa mencionada.

Comuníquese este Acuerdo a la Dirección de Energía y notifíquese al interesado.

La presente resolución agota la vía administrativa, no siendo susceptible de recurso de reposición. Puede ser recurrida, no obstante, ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses, de conformidad con lo establecido en la disposición adicional cuarta, 5, de la Ley 29/1998, de 13 de julio y en el artículo 36.2 de la Ley 3/2013 de creación de la CNMC.