

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/031/20.

R/AJ/089/21

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

D. Joaquim Hortalà i Vallvé, Secretario del Consejo

En Madrid, a 29 de julio de 2021

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Incoación del procedimiento SNC/DE/031/20 y decisión adoptada sobre el trámite de prueba

Tras la práctica de un período de información previa, seguido a raíz de un oficio de la Subdirección General de Energía Eléctrica del Ministerio para la Transición Ecológica -que trasladaba un atestado y correspondiente denuncia de la Policía Local del Ayuntamiento de Huelma (Jaén) contra AUDAX RENOVABLES, S.A. (“AUDAX” o la “recurrente”) con motivo de las prácticas seguidas por comerciales de la citada empresa-, el Director de Energía de la CNMC acordó, en fecha 7 de abril de 2020, la incoación de un procedimiento sancionador (expediente SNC/DE/031/20) contra la mencionada empresa por presunto incumplimiento de las obligaciones de las comercializadoras relativas a las prácticas de contratación con los clientes.

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

“1. El procedimiento se dirige contra AUDAX RENOVABLES 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 46 t) de la Ley 24/2013, del Sector Eléctrico (Ley del Sector Eléctrico).

II. El artículo 65.43 de la Ley del Sector Eléctrico tipifica 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 considerando la visita de los comerciales al domicilio de las personas incluidas en la denuncia de la Policía Local de Huelma (Jaén) con el fin de realizar prácticas de contratación en los domicilios de los clientes de forma directa a favor de AUDAX RENOVABLES, S.A., sin perjuicio de lo que resulte de la instrucción del presente procedimiento, dicho comportamiento podría ser considerado como una infracción grave tipificada en el artículo 65.43 de la Ley del Sector Eléctrico, puesto en relación con la obligación establecida el citado artículo 46 t) de dicha Ley.”

En el marco de la tramitación del procedimiento incoado, AUDAX solicitó a la CNMC la realización de una prueba testifical consistente en interrogar, en calidad de testigos, a los agentes de la Policía Local de Huelma que participaron en las actuaciones y a 13 de los consumidores denunciantes.

Por acuerdo de fecha 13 de abril de 2021, la Directora de Energía consideró innecesaria la práctica de la prueba testifical propuesta por AUDAX, en la medida en que no tenía capacidad de desvirtuar el acta policial suscrita por varios funcionarios de la policía local de Huelma:

“En este sentido, la prueba propuesta por AUDAX RENOVABLES, S.A., meramente testifical y planteada de modo genérico sin especificación de dato concreto alguno sobre la que pudiera versar una eventual controversia, no resulta susceptible de enervar de contrario los hechos constatados por los funcionarios policiales en relación con su propia actuación, ni tampoco con el contenido de las actas de manifestación ante dichos funcionarios de los quince consumidores, incorporadas al expediente.”

Este acuerdo de 13 de abril de 2021 fue notificado a AUDAX el 22 de abril de 2021.

SEGUNDO. Interposición del recurso de alzada

El 6 de mayo de 2021 AUDAX ha presentado en el registro de la CNMC recurso de alzada contra el acuerdo de denegación de prueba del procedimiento SNC/DE/031/20.

En el recurso presentado, AUDAX alega, esencialmente, lo siguiente:

- El acuerdo de denegación de prueba es recurrible ante la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC.

- Si la persona instructora cuestiona que los consumidores solicitaron de forma previa la visita en sus domicilios, *“no solo viene obligado a acordar la apertura de un periodo de prueba, sino que solo puede rechazar las pruebas cuando sean manifiestamente improcedentes o innecesarias”*. En este sentido, y en tanto que, según AUDAX, la concertación previa *“es el principal elemento controvertido en este expediente administrativo”* la prueba que propuso no es irrelevante.
- A continuación, se apunta que *“entre los medios de prueba establecidos en la Ley de Enjuiciamiento Civil (aplicable de forma supletoria al presente procedimiento) se halla, entre otros, el interrogatorio de parte y la prueba testifical”*.
- Además, el atestado policial *“solo tiene el mismo valor que una demanda civil o una denuncia penal”* que posteriormente ha de ser objeto de prueba.
- Por último, y con apoyo en jurisprudencia de distintos Tribunales, se señala que *“son plenamente aplicables a los procedimientos administrativos sancionadores los principios, derechos y garantías que rigen en el Derecho y Procedimiento Penal”*.

Por medio de su recurso, AUDAX solicita la nulidad del acuerdo de denegación de prueba, la retroacción del procedimiento y la admisión de la prueba testifical solicitada:

“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 RENOVABLES, S.A. EN EL MARCO DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR POR PRESUNTO INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES DE LAS COMERCIALIZADORAS RELATIVAS A LAS PRÁCTICAS DE CONTRATACIÓN Y RELACIÓN CON LOS CLIENTES” de 13 de abril de 2021 firmado por la Directora 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 de la Instructora del expediente se dicte nueva resolución admitiendo la práctica de la prueba testifical solicitada por AUDAX RENOVABLES S.A.”

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Habilitación competencial

AUDAX interpone recurso de alzada contra el acuerdo de la Directora de Energía de denegación de práctica de prueba en el procedimiento sancionador SNC/DE/031/20, de fecha 13 de abril de 2021.

Según el artículo 36.1 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC (**“Ley 3/2013”**), los actos y decisiones de los órganos de la Comisión distintos de la Presidenta y del Consejo podrán ser objeto de recurso administrativo

conforme a lo dispuesto en 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 (“**Ley 39/2015**”), 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, la Sala de Supervisión Regulatoria es, en concreto, competente para resolver el presente recurso interpuesto contra una decisión adoptada por la Directora de Energía.

SEGUNDO. Sobre la denegación de la práctica de prueba testifical propuesta por AUDAX

En resumen, y como se ha detallado en el Antecedente de Hecho Segundo, la recurrente considera que debería practicarse prueba testifical para demostrar la concertación previa de las visitas a voluntad de los consumidores denunciantes. La prueba testifical que propone se dirige a 13 de los 15 consumidores denunciantes y a los agentes de la Policía Local de Huelma.

En primer lugar, ha de señalarse que es al órgano instructor a quien compete determinar si procede o no la apertura del periodo probatorio y cuáles son las pruebas que han de practicarse. La jurisprudencia es unánime en este sentido. Es ilustrativa la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª) de 6 de noviembre de 1998 (recaída en el recurso de apelación 5576/1991) que desestima, en su FJ 7º, la indefensión que planteaba el administrado ante la inadmisión de las pruebas que propuso:

“Finalmente, reitera la apelante el alegato de su indefensión durante la tramitación del expediente administrativo, que tampoco podemos acoger. La mercantil recurrente ha sido oída en repetidas ocasiones por la Administración. Ha alegado en defensa de sus derechos cuanto ha considerado procedente. Ha aportado informes tendentes a desvirtuar los emitidos por los servicios técnicos administrativos. La circunstancia de que algunas de las pruebas por ella propuestas no hayan sido practicadas no puede considerarse infractora del artículo 24 de la Constitución (RCL 1978\2836 y ApNDL 2875). El derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes no configura un derecho absoluto e incondicionado a que se practiquen todas las pruebas interesadas. Corresponde al Juez y, en este caso, al Instructor del expediente administrativo, enjuiciar la pertinencia para la solución del asunto de las pruebas que se solicitan y ordenar la forma en que deban ser practicadas. En todo caso ha podido impugnar la resolución sancionadora, primero en alzada y, después, ante esta vía jurisdiccional, donde con plenitud de contradicción y de medios de defensa y de prueba ha podido exponer sus argumentos y acreditar los hechos constitutivos de su pretensión impugnatoria sin limitación alguna, por lo que no puede sostenerse que haya sufrido indefensión”.

La apertura del periodo de prueba no es, en ningún caso, un trámite preceptivo para el órgano instructor.

Vid., por ejemplo, la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª) de 5 de noviembre de 1996 (recaída en el recurso de apelación 272/1991):

“**TERCERO.-**

Respecto al análisis de la pretendida falta de prueba, cuyo carácter obligatorio demanda el apelante, considerando que la ausencia de su práctica le ha producido indefensión, debe señalarse que, como dice la sentencia apelada, en su fundamento jurídico cuarto, lo que viene a pedir es que se reconozca la obligatoriedad del trámite de prueba, con independencia del grado de conocimiento que se tenga sobre el acaecimiento que se enjuicia y procede rechazar tal alegación, de una parte, porque, como ha valorado la sentencia apelada adecuadamente, la prueba no es un trámite preceptivo para el Órgano Instructor, que se haya necesariamente de adoptar cualquiera que sea su contenido y el estado de las actuaciones, y de otra, porque, ha tenido la vía jurisdiccional, en la que se ha practicado parte de la prueba interesada y se ha denegado otra, sin que tal resolución se haya impugnado, debiéndose en fin, señalar, que esa posición y tesis es conforme con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que en Sentencias 149/1987 (RTC 1987\149) y 212/1990, de 20 diciembre (RTC 1990\212), reitera que no se produce indefensión de relevancia constitucional cuando la inadmisión de una prueba se ha producido en aplicación estricta de una norma legal ni cuando las irregularidades que se hayan podido producir en la inadmisión de alguna prueba no han llegado a causar un efectivo y real menoscabo del derecho de defensa”.

Como se ha señalado, la prueba testifical solicitada por AUDAX ha sido rechazada por la Directora de Energía por improcedente e innecesaria (al amparo de lo previsto en el artículo 77.3 de la Ley 39/2015), considerando que fue planteada de forma genérica y que no era susceptible de enervar los hechos constatados por los funcionarios policiales plasmados en el atestado.

Pues bien, la jurisprudencia reconoce a la persona instructora la facultad de determinar qué pruebas son pertinentes y han de practicarse y cuáles no, valorando la relación entre los hechos probados y el objeto del procedimiento sancionador. Vid., en este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª) de 30 de diciembre de 2003 (recaída en el recurso de casación 4300/2000) -FJ 5º-:

“Por último debe dejarse constancia de la consolidada doctrina de este Tribunal sobre el derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes (art. 24.2 CE [RCL 1978, 2836]), y que puede sintetizarse así en sus líneas principales (SSTC 165/2001, de 16 de julio [RTC 2001, 165], F. 2, 168/2002, de 30 de septiembre [RTC 2002, 168], F. 3 y 131/2003, de 30 de junio [RTC 2003, 131], F. 3):

«a) Este derecho fundamental, que opera en cualquier tipo de proceso en que el ciudadano se vea involucrado, no comprende un hipotético derecho a llevar a cabo una actividad probatoria ilimitada en virtud de la cual las partes estén facultadas para exigir cualesquiera pruebas que tengan a bien proponer, sino que atribuye sólo el derecho a la recepción y práctica de las que sean pertinentes (SSTC 168/1991, de 19 de julio [RTC 1991, 168]; 211/1991, de 11 de noviembre [RTC 1991, 211]; 233/1992, de 14 de diciembre [RTC 1992, 233]; 351/1993, de 29 de noviembre; 131/1995, de 11 de septiembre; 1/1996, de 15

de enero; 116/1997, de 23 de junio; 190/1997, de 10 de noviembre; 198/1997, de 24 de noviembre; 205/1998, de 26 de octubre [RTC 1998, 205]; 232/1998, de 1 de diciembre [RTC 1998, 232]; 96/2000, de 10 de abril [RTC 2000, 96], F. 2), entendida la pertinencia como la relación entre los hechos probados y el "thema decidendi" (STC 26/2000, de 31 de enero [RTC 2000, 26], F. 2)".

Una de las pruebas solicitadas por la recurrente fue el interrogatorio, en calidad de testigos, de los "Agentes de la Policía Municipal de Huelma que redactaron el atestado policial origen de la presente causa, así como cualquier otro Agente del referido cuerpo policial que hubiese participado en las actuaciones descritas en el atestado policial".

En este sentido, y con carácter general, resulta innecesaria la ratificación policial en el seno del procedimiento administrativo sancionador. Es ilustrativa, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª) de 30 de octubre de 2007 (recaída en el recurso de apelación 517/2007):

"TERCERO.- Por otro lado, en cuanto a la infracción propiamente dicha, el artículo 32 de la Ley 17/1997, de 4 de julio, de Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas establece que la potestad sancionadora en materia de establecimientos, espectáculos públicos y actividades recreativas se ejercerá por las Administraciones públicas de acuerdo con lo establecido en el Título IX de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre; en esta Ley, y en las disposiciones que la desarrollen. El artículo 137 apartado 3º de la Ley 30/1.992 de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, establece que los hechos constatados por funcionarios a los que se reconoce la condición de autoridad, y que se formalicen en documento público observando los requisitos legales pertinentes, tendrán valor probatorio sin perjuicio de las pruebas que en defensa de los respectivos derechos o intereses puedan señalar o aportar los propios administrados. No se precisa pues la ratificación para que los hechos constados por dichos agentes produzcan sus efectos. En todo caso y respecto de la ratificación, que nunca fue solicitada por la recurrente, es doctrina de este Tribunal que la ratificación es un documento público en razón de la persona que lo suscribe y como hemos señalado los documentos públicos gozan de la característica de la literosuficiencia, con los efectos anteriormente señalados de forma que si el recurrente entiende que el acta narra hechos inciertos, debía haber promovido el correspondiente procedimiento penal en averiguación de dichos hechos, no lo ha hecho y no se ha practicado prueba alguna para romper la presunción de veracidad del documento público que ha de ser tenido por auténtico".

Los agentes intervinientes pudieron verificar de forma directa que los comerciales de AUDAX se encontraban en el municipio de Huelma, gracias a una llamada telefónica realizada por uno de los consumidores. Ante varias preguntas y averiguaciones realizadas *in situ* por los funcionarios públicos, estos consideraron que el relato manifestado por los comerciales de AUDAX no era creíble en tanto que aseguraron "vender bombillas led" pero no conocían el precio del producto que supuestamente vendían. A continuación, los agentes de la Policía Local levantaron 15 actas de manifestación en las que los

consumidores denunciante narraban las visitas recibidas en sus domicilios por parte de los comerciales de la recurrente.

Además de los agentes policiales, AUDAX pretendía interrogar como testigos a 13 de los 15 consumidores denunciante. En relación con ello, cabe hacerse eco de la siguiente reflexión efectuada por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia acerca del interés de los denunciante en someter a declaraciones testificales a los denunciante. En su sentencia de 15 de noviembre de 2000, recaída en el recurso contencioso-administrativo 94/1998, el Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª) 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 la práctica de la declaración testimonial del denunciante -FJ 2º-:

“(...) 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 denunciante 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 extrañar ni puede reputarse como ilegal la denegación de la prueba consistente en la declaración de aquéllos. (...).”

En el caso que nos ocupa, el atestado policial inicial y su posterior ampliación incluyen 15 manifestaciones directas de los consumidores, rubricadas con la firma de cada uno de ellos. En las manifestaciones, cada consumidor describe la visita recibida por los comerciales de AUDAX en su domicilio. La ratificación testimonial de los consumidores denunciante es innecesaria en tanto que su testimonio ya consta recogido, de forma directa e indubitada, en las distintas actas de manifestación.

Además de lo anterior, es necesario señalar que AUDAX, en su escrito de solicitud de prueba de 20 de junio de 2020 (con entrada en el Registro de la CNMC el 22 de junio de 2020) planteó la prueba testimonial solicitada en unos términos determinados:

“La prueba testimonial solicitada deberá ser efectuada mediante interrogatorio a practicar a los testigos propuestos, ello respetando los principios de inmediatez, oralidad y contradicción, debiéndose citar a esta parte con la suficiente antelación para que pueda acudir a la práctica de los interrogatorios e intervenir

en los mismos, bien por sí misma, bien a través de Abogado que le defienda y represente”.

Es decir, la petición de prueba de la recurrente exigía que los 13 consumidores y los funcionarios policiales que redactaron el atestado y que participaron en las actuaciones se trasladasen desde Huelma (Jaén) a la sede de la CNMC, ubicada en Madrid, para celebrar el interrogatorio. De haberse practicado el interrogatorio propuesto por AUDAX, los testigos hubiesen tenido que asumir un desplazamiento de casi 400 kilómetros en un contexto de crisis sanitaria y restricciones de movilidad. Contando con las manifestaciones directas de los 13 consumidores y de los funcionarios de la Policía Local de Huelma, la declaración testifical pretendida por la recurrente debe considerarse, una vez más, innecesaria.

A mayor abundamiento ha de destacarse que, en el momento procedimental en el que AUDAX solicita la práctica de prueba y la Directora de Energía la deniega, la recurrente no aportó ningún indicio tendente a desacreditar las manifestaciones de los consumidores ni el propio atestado policial.

Como se acaba de decir, cuando la Directora de Energía denegó la prueba solicitada por la recurrente no constaba en el procedimiento ninguna evidencia que permitiese cuestionar las manifestaciones de los consumidores (recogidas en un documento suscrito por ellos mismos) ni de los funcionarios actuantes (recogidas en un atestado policial que goza de presunción de veracidad sobre la base de apreciaciones directas de los propios agentes).

A la vista de todo lo anterior, a juicio de esta Sala, no puede considerarse indebida la denegación de prueba acordada por el órgano instructor del procedimiento, ni en lo referido a la testifical propuesta a los funcionarios policiales ni en lo referido a la testifical propuesta a 13 de los consumidores afectados.

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

RESUELVE

ÚNICO. Desestimar el recurso de alzada presentado por Audax Renovables, S.A. contra el acuerdo de denegación de prueba del procedimiento SNC/DE/031/20.

Comuníquese esta Resolución 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.