



Roj: **SAN 2510/2022 - ECLI:ES:AN:2022:2510**

Id Cendoj: **28079230042022100359**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **4**

Fecha: **08/06/2022**

Nº de Recurso: **958/2020**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **MARCIAL VIÑOLY PALOP**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **AUDIENCIA NACIONAL**

**Sala de lo Contencioso-Administrativo**

### **SECCIÓN CUARTA**

**Núm. de Recurso:** 0000958 /2020

**Tipo de Recurso:** PROCEDIMIENTO ORDINARIO

**Núm. Registro General:** 07553/2020

**Demandante:** AUDAX RENOVABLES S.A.,

**Demandado:** COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA

**Abogado Del Estado**

**Ponente Ilmo. Sr.: D. MARCIAL VIÑOLY PALOP**

### **SENTENCIA Nº:**

**Ilma. Sra. Presidente:**

D<sup>a</sup>. MARÍA ASUNCIÓN SALVO TAMBO

**Ilmos. Sres. Magistrados:**

D. IGNACIO DE LA CUEVA ALEU

D. **MARCIAL VIÑOLY PALOP**

D<sup>a</sup>. ANA MARTÍN VALERO

Madrid, a ocho de junio de dos mil veintidós.

Vistos los autos del recurso contencioso administrativo nº **958/2020** que ante esta Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido **la entidad AUDAX RENOVABLES S.A.**, representada por la Procuradora D<sup>a</sup> Laura Argentina Gómez Molina, contra la resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) de 16 de julio de 2020 por la que se inadmitió el recurso de alzada interpuesto contra el acuerdo del Director de Energía de la CNMC de 7 de abril de 2020 por el que se acordó la incoación de un procedimiento sancionador contra AUDAX.

Siendo parte demandada la Administración General del Estado, representada por la Abogacía del Estado.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Por la recurrente expresada se interpuso recurso contencioso administrativo mediante escrito presentado en fecha 2 de septiembre de 2020 contra la resolución antes mencionada, que fue admitido a trámite por decreto de fecha 3 de septiembre de 2020, y con reclamación del expediente administrativo.



**SEGUNDO.-** Una vez recibido el expediente administrativo y en el momento procesal oportuno, la parte actora formalizó demanda, mediante escrito presentado el 19 de noviembre de 2020, en el cual, tras alegar los hechos y fundamentos oportunos, terminó suplicando.

*&q uot;...y previos los trámites establecidos por la Ley, dicte Sentencia por la que estimando el Recurso interpuesto por mi mandante declare nula la Resolución recurrida por no ser conforme a derecho, devolviendo el expediente a la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia y acordando la retroacción de las actuaciones hasta el momento antes de dictar resolución inadmitiendo el Recurso de alzada presentado en su día por esta parte y ordenando sea admitido a trámite el Recurso de Alzada o, subsidiariamente, se declare nula y sin efecto alguno la Resolución que es objeto del presente recurso por los motivos de fondo aducidos en el presente recurso, condenando a la Administración demandada a estar y pasar por este pronunciamiento y al pago de las costas procesales en ambos supuestos. "*

**TERCERO.-** La Abogacía del Estado contestó a la demanda, mediante escrito presentado en fecha 11 de enero de 2021, en el cual, tras alegar los hechos y los fundamentos jurídicos que estimó aplicables, terminó suplicando se desestime el recurso formulado de contrario.

**CUARTO.-** Fijada la cuantía del procedimiento en indeterminada y, teniendo por reproducido el expediente administrativo como medio de prueba, quedaron las actuaciones concluidas y pendientes de señalamiento para votación y fallo, lo que fue fijado para el día 1 de junio de 2022, en el que se deliberó y votó, habiéndose observado en la tramitación las prescripciones legales.

Siendo Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. **Marcial Viñoly Palop**, quien expresa el parecer de la Sala.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Por la representación de la mercantil AUDAX RENOVABLES S.A. (AUDAX) se interpone recurso contencioso-administrativo contra la resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) de 16 de julio de 2020 por la que se inadmitió el recurso de alzada interpuesto contra el acuerdo del Director de Energía de la CNMC de 7 de abril de 2020 por el que se acordó la incoación de un procedimiento sancionador contra AUDAX.

Tal como se hace constar en los antecedentes de hecho de la resolución ahora recurrida, la razón de la incoación del procedimiento sancionador tuvo su causa en el traslado realizado a la CNMC por el Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico de las denuncias efectuadas por la Policía Local de Huelma (Jaén) contra la mencionada empresa comercializadora de electricidad, por motivo de las prácticas seguidas por comerciales de la citada empresa, conforme a las que, valiéndose de engaño previo, se habrían realizado, en diversos domicilios, cambios de la compañía suministradora del servicio de energía eléctrica, conducta sancionada como infracción grave 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.

Interpuesto recurso de alzada contra dicho acuerdo de incoación del procedimiento sancionador se procedió a su inadmisión por tratarse de un acto de trámite no susceptible de impugnación autónoma de acuerdo con lo establecido en el art. 112.5 de la Ley 39/2015, ya que no decidía el fondo del asunto ni determina la imposibilidad de continuar el procedimiento, ni producía indefensión, ni ningún tipo de perjuicios.

**SEGUNDO.-** Al ega la mercantil recurrente que el acuerdo impugnado debe ser calificado como un acto de trámite cualificado y por tanto susceptible de ser recurrido en alzada por cuanto, siguiendo el contenido del art. 112.1 LPAC, produce indefensión por vulnerar la legalidad vigente en materia competencial.

En segundo lugar, se procede a razonar la falta de competencia de la CNMC para incoar el procedimiento sancionador por corresponder la competencia a las Comunidades Autónomas de acuerdo con lo establecido en el art. 73.2 de la Ley del sector eléctrico y los arts. 47, 49 y 58 de la Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía.

El Abogado del Estado interesa la desestimación del presente recurso por entender que la alegación de falta de competencia de la CNMC no determina que dicho acuerdo pueda ser calificado como un acto de trámite cualificado ya que no decide el fondo del asunto, ni determina la imposibilidad de continuar el procedimiento, ni tampoco produce indefensión, ni perjuicios.

**TERCERO.-** De acuerdo con lo dispuesto en el art. 112.1 de la Ley 39/2015, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas " *Contra las resoluciones y los actos 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 e intereses legítimos, podrán interponerse por los*



interesados los recursos de alzada y potestativo de reposición, que cabrá fundar en cualquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 47 y 48 de esta Ley .

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

Ahora bien, solo los actos de trámite cualificados, esto es, los que deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos, son susceptibles de impugnación autónoma.

Al respecto, procede citar la STS de 7 de noviembre de 2016 (Recurso: 368/2015) en la que se establecía (FD sexto) la siguiente doctrina:

" A lo dicho hay que añadir que no cabe apreciar que el acuerdo impugnado, aun siendo de mero trámite, se caracterice por ser un acto de trámite cualificado, lo que haría posible su impugnación. En efecto, son de tal tipo aquellos actos que, aun siendo de trámite, « 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 » ( artículo 25.1 de la LJCA en relación con el artículo 107.1 de la Ley 30/1992 )."

En el presente caso, por la mercantil recurrente se alega que la falta de competencia de la CNMC para sancionar por los hechos descritos en el acuerdo de incoación del procedimiento sancionador por corresponder la potestad sancionadora a las Comunidades Autónomas convierte dicho acuerdo en un acto de trámite cualificado.

Pues bien, conviene tener en cuenta lo dispuesto en la STS de 13 de diciembre de 2016 (Recurso: 2941/2015) en la que se establecía, respecto de la impugnabilidad de los acuerdos de incoación de procedimientos sancionadores, que " 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)].

En el presente caso, el en acuerdo de incoación del procedimiento sancionador se acuerda:

" Incoar procedimiento sancionador a AUDAX RENOVABLES, S.A. en los siguientes términos:

I. 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 .

La sanción que lleva aparejada la comisión de una infracción grave es la imposición de una multa por importe no inferior a 600.001 euros, ni superior a 6.000.000 euros, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 67 de la Ley del Sector Eléctrico . En cualquier caso, la cuantía de la sanción no podrá superar el 10 por ciento del importe neto anual de la cifra de negocios del sujeto infractor, según lo establecido en el apartado segundo del artículo 67 de la Ley del Sector Eléctrico .

IV. De conformidad con lo previsto en el artículo 73.3 b) de la Ley del Sector Eléctrico , corresponde a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, la imposición de sanciones graves tipificadas en el párrafo 43 del artículo 65 de la Ley del Sector Eléctrico . Conforme al artículo 29.2 de la Ley 3/2013 y al artículo 23 del Estatuto Orgánico de la CNMC, corresponde al Director de Energía de la CNMC la instrucción de los procedimientos



sancionadores relativos al sector energético. En consecuencia, es instructor del presente procedimiento D. Anselmo , designándose secretario del procedimiento a D. Argimiro . En cuanto al régimen de recusación del órgano instructor y del secretario, son de aplicación las causas establecidas en los artículos 23 y 24 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público .

[...]

AUDAX RENOVABLES, S.A. dispone de un plazo de quince días, que se contarán a partir del siguiente a la recepción de la notificación del presente Acuerdo de Incoación, para realizar alegaciones y aportar cuantos documentos o informaciones estime convenientes y, en su caso, proponer prueba concretando los medios de los que pretenda valerse. No obstante, se le informa que el presente Acuerdo se dicta bajo el marco normativo del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, resultando, por consiguiente, de aplicación al presente procedimiento las disposiciones adicionales tercera y cuarta de dicho Real Decreto , relativas a la suspensión de plazos administrativos y a la prescripción y caducidad de los procedimientos administrativos, respectivamente. La proposición y práctica de los medios de prueba deberá ajustarse a lo establecido en los artículos 77 y 78 de la Ley 39/2015 . Asimismo, AUDAX ENERGÍA S.A. tendrá, en su caso, derecho de audiencia cuando se formule la propuesta de Resolución, en los términos previstos en el artículo 82 de la Ley 39/2015 . 8

A la vista del contenido del acuerdo transcrito, no cabe sino concluir que:

1º El acto impugnado no decide directa o indirectamente el fondo del asunto pues a la vista de una propuesta, la Administración no se hace valoración alguna sobre la culpabilidad de la mercantil demandante.

2º El acto impugnado no determina la imposibilidad de continuar el procedimiento por razón de determinarse la competencia de la CNMC para tramitar y resolver el procedimiento sancionador.

3º El acto impugnado no causa indefensión en tanto que la mercantil recurrente tendrá la oportunidad de realizar todas las alegaciones que estime conveniente, incluso la falta de competencia de la CNMC.

4º En fin, el acto impugnado no causa ningún perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos de la recurrente pues se trata de un acto interlocutorio que no implica la imposición de sanción ni de medida de aseguramiento cautelar.

En definitiva, la alegación de falta de competencia de la CNMC para incoar el procedimiento sancionador ahora impugnado, no convierte dicho acto administrativo en un acto de trámite cualificado, por lo que no es susceptible de impugnación autónoma.

Todo lo expuesto conlleva a la desestimación del presente recurso contencioso-administrativo.

**CUARTO.**- De acuerdo con lo establecido en el artículo 139.1 de la LJCA, procede imponer las costas a la parte recurrente cuyas pretensiones son desestimadas.

Vistos los preceptos legales citados,

## FALLAMOS

**DESESTIMAR** el recurso contencioso administrativo nº **958/2020**, interpuesto por la representación procesal de la mercantil **AUDAX RENOVABLES S.A.** contra la resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) de 16 de julio de 2020

Con imposición de costas a la parte recurrente.

La presente sentencia es susceptible de recurso de casación que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el siguiente al de su **notificación**; en el escrito de preparación del recurso deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2 de la Ley de la Jurisdicción justificando el interés casacional objetivo que presenta.

Así por esta nuestra sentencia, testimonio de la cual será remitido en su momento a la oficina de origen, junto con el expediente, en su caso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACIÓN.**- La anterior Sentencia ha sido publicada en la fecha que consta en el sistema informático. Doy fe.