

LA IMAGEN DE MARCA DE LAS EMPRESAS VERTICALMENTE INTEGRADAS EN LOS SECTORES ENERGÉTICOS: EFECTOS EN LA COMPETENCIA Y EN EL CONSUMIDOR

The brand image of vertically integrated companies in energy sectors: effects on competition and on the consumer

María Ángeles RODRÍGUEZ PARAJA

*Jefa de la Asesoría Jurídica
CNMC*

Beatriz DE PAZ GÚTIEZ

*Jefa de Departamento en la Asesoría Jurídica
CNMC*

Resumen

Uno de los pilares con los que se ha construido el proceso de liberalización de los mercados eléctrico y gasista reside en el principio de separación de actividades dentro los grupos verticalmente integrados que operan en estos mercados. Este principio ha sido utilizado por la normativa como una herramienta fundamental para garantizar los principios de objetividad, transparencia y libre competencia en las actividades destinadas al suministro de electricidad y gas natural. Los dos objetivos fundamentales que persigue la separación entre los distintos negocios son los siguientes: impedir la discriminación frente a los nuevos entrantes y garantizar un derecho de acceso a las redes de transporte y distribución real y efectivo.

La implantación de este principio de separación en el derecho español ha sido progresiva y en gran parte ha venido motivada por la transposición de la normativa de la Unión Europea. Los distintos paquetes legislativos procedentes de la Unión han ido imponiendo obligaciones de separación de actividades a los grupos de empresas de forma escalonada. Desde las iniciales exigencias de separación jurídica y de exclusividad de objeto social, se pasó a la imposición adicional de criterios de separación funcional en los grupos verticalmente integrados, como requisito imprescindible para garantizar la libre competencia en los sectores energéticos. Más adelante, se añadieron obligaciones de independencia y limitaciones de participación por parte de los gestores de redes de transporte en relación con las sociedades de generación o comercialización de gas o electricidad.

Entre todo el elenco de obligaciones de separación funcional, el Real Decreto-Ley 13/2012, de 30 de marzo, por el que se trasponen al derecho español las directivas europeas integrantes del llamado tercer paquete legislativo, impuso la obligación de que las empresas distribuidoras y las empresas comercializadoras de último recurso o de referencia que formen parte de un grupo de sociedades, no creen confusión en su información y en la presentación de su marca e imagen de marca respecto a la identidad propia de las filiales de su mismo grupo que realicen actividades de comercialización libre.

Sin embargo, la información de la que disponía la CNMC como autoridad de supervisión de los sectores, reflejaba que, seis años después de la imposición de esa

obligación, seguían existiendo un elevado grado de confusión entre los consumidores acerca de la diferencia existente entre las empresas que participan en las actividades destinadas al suministro eléctrico y gasista, con claros efectos negativos sobre el derecho de aquéllos a elegir suministrador y sobre la libre competencia.

Por este motivo, la CNMC con fecha 6 de septiembre de 2018, aprobó una Decisión Jurídicamente Vinculante encaminada a exigir a las empresas pertenecientes a los grupos verticalmente integrados que participan en los sectores energéticos, que adopten las medidas que sean necesarias para no generar confusión en la presentación de su marca (incluyendo como tal la denominación social de las empresas), en la imagen de marca (particularmente su logotipo), y en la información que dirijan a los consumidores.

Abstract

The unbundling regime within vertically integrated companies has been one of the key issues in the liberalisation process of the electricity and gas markets. This principle has been employed by legislation as a basic tool in order to guarantee the neutrality and transparency of the system and to foster competition in the supply business. The unbundling objectives are mainly designed to avoid discrimination of new entrants and provide third party access to the network in an effective manner.

The implementation of the unbundling regime under Spanish Law has been progressive and partially due to the transposition of European Union Law. The different legislative packages have gradually imposed obligations on the vertically integrated industry. From the initial requirements of legal unbundling, further obligations were imposed concerning functional separation. Finally, additional independence duties and limitations on the ownership and management of TSOs regarding generation and supply interests were established.

Royal Decree-Law 13/2012, 30th March, implementing the third legislative energy package, requested vertically integrated distribution system operators and suppliers of last resort not to create confusion in their communication and branding in respect of the separate identity of the supply branch of the vertically integrated undertaking.

Despite this mandatory duty, six years later, CNMC gathered sufficient evidence proving that a great degree of confusion existed in the corporate identity of the above-mentioned companies. This confusion had a negative impact in the right of the consumer to choose supplier and distorted competition.

As a result, CNMC approved a legally binding decision on September 6th 2018. The decision requested vertically integrated companies in the energy sector to take the necessary measures to avoid the confusion of consumers with regard to corporate identity, branding, logos and information policy.

Palabras clave: Energía | Reestructuración | Bienestar del consumidor | Derechos de propiedad intelectual | Liberalización | Política de competencia |

Key words: Energy | Restructuring | Consumer welfare | Intellectual property right | Liberalization | Competition policy |

I. EL PRINCIPIO DE SEPARACIÓN DE ACTIVIDADES Y SU EVOLUCIÓN EN EL TIEMPO.

I.1. La separación contable, jurídica y funcional.

El principio de separación de actividades dentro los grupos verticalmente integrados que operan en los sistemas eléctrico y gasista ha sido una de las principales herramientas utilizadas por el legislador nacional y europeo para garantizar los principios de objetividad, transparencia y libre competencia conforme a los cuales se deben desenvolver las actividades destinadas al suministro eléctrico y gasista. Este principio, presupuesto básico para la consecución de un acceso de terceros a las redes no discriminatorio, tiene por objeto evitar los conflictos de interés. En este sentido, la separación de los distintos negocios dentro del grupo debe garantizar el cumplimiento del principio de no discriminación frente a los nuevos entrantes en el mercado y no crear nuevas barreras de entrada. En consonancia con lo anterior, las previsiones en este ámbito regulatorio deben prevenir las subvenciones cruzadas entre actividades del grupo verticalmente integrado y el intercambio de información estratégica entre sociedades, todo ello de cara a crear un *level playing field* entre los distintos agentes competidores en los mercados.

La implantación de este principio ha sido progresiva en nuestro ordenamiento jurídico y en gran parte ha venido motivada por la transposición de la normativa de la Unión Europea. Así el elenco de normas que vamos a comentar se destinan con mayor o menor intensidad a crear condiciones de igualdad y a impedir que los grupos aprovechen su integración vertical para fortalecer su posición competitiva en el mercado. A estos efectos, se considera como empresa integrada verticalmente, aquella empresa o un grupo de empresas (eléctricas o gasistas) en que la misma persona o personas tengan derecho, directa o indirectamente, a ejercer el control y en que la empresa o grupo de empresas realicen, como mínimo, una de las funciones de transporte o distribución (GNL y almacenamiento también en el caso del gas) y, como mínimo, una de las funciones de producción o suministro de electricidad o gas natural.

Una breve recopilación de nuestra normativa en este ámbito arroja el siguiente resultado. Comenzando por el sector eléctrico, ya la Ley 40/1994, de 30 de diciembre, de ordenación del sistema eléctrico nacional, reconocía, dentro de los principios generales de ordenación de las actividades eléctricas, la imposibilidad de que algunas de las actividades eléctricas fueran ejercidas simultáneamente por una misma entidad, si bien determinadas previsiones transitorias otorgaban un margen temporal dentro del cual el Gobierno acordaría la exigencia de separación jurídica de las actividades de generación de las del resto para las compañías operaban en el sistema. Esta Ley establecía ya limitaciones en cuanto a la prohibición de objeto social simultáneo de las actividades de generación y distribución, así como una separación contable entre las mismas.

La Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del sector eléctrico, establece ya una clara separación jurídica en su artículo 14 entre las actividades reguladas y no reguladas, actividades definidas en el artículo 11.2. Así la producción y la comercialización se desarrollan en un régimen de libre competencia, mientras que el transporte y la distribución mantienen su carácter regulado, en cuanto a su retribución económica, sin perjuicio de la posibilidad de venta a tarifa por el distribuidor. Esta exigencia de separación jurídica no vino impuesta por la Directiva 96/92/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de diciembre de 1996 sobre normas comunes para el mercado

interior de la electricidad¹, sino que fue una opción legislativa considerada como necesaria para garantizar la transparencia retributiva. En términos similares, se recoge la previsión de separación en el artículo 63 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, el Sector de Hidrocarburos.

La transposición la Directiva 2003/54/CE² del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de junio de 2003 sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y por la que se deroga la Directiva 96/92/CE, introduce en nuestro ordenamiento jurídico los criterios de separación funcional en los grupos verticalmente integrados, criterios ausentes, aunque no desconocidos, hasta ese momento en nuestra regulación. En diversas ocasiones se puso de manifiesto por la ya extinta Comisión Nacional de Energía³ la necesidad de introducción de estos principios de independencia como complemento indispensable al principio de separación jurídica entre actividades reguladas y no reguladas para garantizar una efectiva separación de negocios y el principio de libre competencia.

La Ley 17/2007, de 4 de julio, incorpora a nuestro ordenamiento jurídico estas previsiones contenidas en la citada Directiva 2003/54/CE. Así, con objeto de asegurar, entre otras cuestiones, un acceso eficaz y no discriminatorio a las redes de los distribuidores, tal y como señala la propia Exposición de Motivos de la Ley, se reforma la configuración tradicional de la actividad de distribución en la Ley del Sector Eléctrico. La actividad de suministro a tarifa deja de formar parte de la actividad de distribución. A partir de la citada fecha, el suministro pasa a ser ejercido en su totalidad por los comercializadores en libre competencia, y son los consumidores de electricidad quienes eligen libremente a su suministrador.

En consonancia con lo anterior, se adaptan todos los derechos y obligaciones de los comercializadores y distribuidores al nuevo orden establecido, teniendo en cuenta que el distribuidor deja de suministrar a tarifa y considerando, además, el nuevo concepto de suministrador de último recurso. En esta línea, es de destacar que se refuerzan las obligaciones en relación con la formalización de contratos de los consumidores y el mantenimiento de las bases de datos de puntos de suministro, que garantizan el acceso en igualdad de condiciones. Se adopta un enfoque progresivo a fin de que las empresas puedan adaptarse y garantizar que se establezcan las medidas y regímenes adecuados para proteger los intereses de los consumidores y asegurar que éstos tengan un derecho real y efectivo de elección de su suministrador.

En consonancia con lo anterior, conforme a la nueva redacción contemplada en el artículo 14.2 de la Ley 54/1997, las obligaciones de separación funcional se concentran en los siguientes aspectos:

1. Las personas responsables de la gestión de sociedades que realicen actividades reguladas no podrán participar en estructuras organizativas del grupo empresarial que sean responsables, directa o indirectamente, de la gestión cotidiana de actividades de generación o comercialización.
2. Los grupos de sociedades garantizarán la independencia de las personas responsables de la gestión de sociedades que realicen actividades reguladas mediante la protección de sus intereses profesionales. En particular, establecerán garantías en lo que concierne a su retribución y su cese. Las sociedades que realicen actividades reguladas y las personas responsables de su gestión que se

¹ El artículo 14 de la Directiva se limitaba a exigir una separación contable de actividades.

² Véanse artículos 10 y 15 de la Directiva.

³ Véanse, entre otras, la Resolución de la Comisión Nacional de Energía, de 8 de noviembre de 2005, F.J. Noveno y Décimo. (Ref. 29/2005).

determine no podrán poseer acciones de sociedades que realicen actividades de producción o comercialización. Además, las sociedades que realicen actividades reguladas, así como sus trabajadores, no podrán compartir información comercialmente sensible con las empresas del grupo de sociedades al que pertenezcan, en el caso de que éstas realicen actividades liberalizadas.

3. Las sociedades que realicen actividades reguladas tendrán capacidad de decisión efectiva, independiente del grupo de sociedades, con respecto a activos necesarios para explotar, mantener, o desarrollar la red de transporte o distribución de energía eléctrica. No obstante, el grupo de sociedades tendrá derecho a la supervisión económica y de la gestión de las referidas sociedades, y podrán someter a aprobación el plan financiero anual, o instrumento equivalente, así como establecer límites globales a su nivel de endeudamiento. En ningún caso podrá el grupo empresarial dar instrucciones a las sociedades que realicen actividades reguladas respecto de la gestión cotidiana, ni respecto de decisiones particulares referentes a la construcción o mejora de activos de transporte o distribución, siempre que no se sobrepase lo establecido en el plan financiero anual o instrumento equivalente.

4. Las sociedades que realicen actividades reguladas establecerán un código de conducta en el que se expongan las medidas adoptadas para garantizar el cumplimiento de lo estipulado en los puntos anteriores. Dicho código de conducta establecerá obligaciones específicas de los empleados, y su cumplimiento será objeto de la adecuada supervisión y evaluación por la sociedad.

La Ley 12/2007, de 2 de julio, hace lo propio con respecto al sistema gasista, incorporando a nuestro ordenamiento jurídico las previsiones contenidas en la Directiva 2003/55/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de junio de 2003, sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural y por la que se deroga la Directiva 98/30/CE, similares a las anteriores.

Si bien los criterios de independencia anteriormente citados supusieron un indudable avance en la consecución del objetivo de separación efectiva de negocios regulados y no regulados, no debe obviarse el hecho de que muchas de las cuestiones en ellos contenidos precisaban de un ulterior desarrollo. En este mismo sentido, se planteaban en aquel momento diversas incógnitas tales como: quiénes se considerarían personas responsables de la gestión, cómo se preservaría su independencia, cómo se compatibilizaría la capacidad de decisión efectiva de la sociedad regulada con la supervisión financiera de la matriz, qué información habría de considerarse confidencial y cuál sería su régimen de acceso, contenido del Código de Conducta, cuál habría de ser el procedimiento de supervisión de ejecución interna del mismo, etc.

La Nota interpretativa de la DGTREN de 16 de enero de 2004⁴ en materia de separación de actividades y las Directrices de ERGEG de 15 de julio de 2008⁵ precisaron algunos aspectos en relación con los puntos anteriormente expuestos.

El 10 enero de 2007 se publica por la Comisión Europea el Report on Energy Sector Inquiry⁶, donde se pone de manifiesto la insuficiencia del vigente régimen de separación de actividades y se indica la necesidad de poner en marcha nuevas medidas, algunas de

⁴ "Note of DG Energy & Transport on Directives 2003/54/EC and 2003/55/EC on the internal market in electricity and natural Gas" "The unbundling regime". 16.1.2004.

⁵ "Guidelines for Good Practice on Functional and Informational Unbundling for Distribution System Operators" de 15 de julio de 2008.

⁶ Communication from the Commission (COM(2006) 851 final): "Inquiry pursuant to Article 17 of Regulation (EC) No 1/2003 into the European gas and electricity sectors (Final Report)" and its Technical Annex SEC(2006) 1724.

ellas de carácter estructural, destinadas a garantizar la efectiva separación de negocios⁷.

En este contexto, surge el tercer paquete energético integrado por tres reglamentos (Reglamento (CE) N° 713/2009, Reglamento (CE) N° 714/2009 y Reglamento (CE) N° 715/2009) y dos directivas (Directiva 2009/72/CE⁸ y Directiva 2009/73/CE⁹). Uno de sus principales ejes es la profundización en el régimen de separación de actividades. Así se introducen nuevos preceptos para lograr una separación efectiva de las actividades de suministro y generación de las actividades de red, planteando diferentes opciones para llevar a cabo dicha separación entre actividades. Tales previsiones se proyectan de forma diferenciada sobre los gestores de redes de transporte y distribución.

Así los Estados miembros pueden escoger entre tres modelos diferentes que permitan separar el transporte de las actividades de generación y suministro: primero, la separación total de la propiedad; segundo, el gestor de red independiente (ISO) y tercero, el gestor de transporte independiente (ITO o TSO). La separación patrimonial se define como la situación en la que el propietario de la red es designado gestor de la red y es independiente de cualquier empresa con intereses en la producción y el suministro. Conforme a este modelo de separación patrimonial, ninguna persona puede ejercer el control sobre una empresa de suministro y producción y, al mismo tiempo, tener intereses o ejercer derechos en un sistema de transporte, evitando así que empresas verticalmente integradas puedan favorecer a las de su propio grupo empresarial, discriminando a sus competidoras. Se faculta a la autoridad reguladora para certificar con carácter previo a estos gestores de redes de transporte.

La transposición a nuestro ordenamiento de estas previsiones vino dada por el Real Decreto-Ley 13/2012, de 30 de marzo, por el que se trasponen directivas en materia de mercados interiores de electricidad y gas y en materia de comunicaciones electrónicas, y por el que se adoptan medidas para la corrección de las desviaciones por desajustes entre los costes e ingresos de los sectores eléctrico y gasista. La opción del legislador español fue clara; se decanta por un modelo de separación de propiedad de los gestores de redes de transporte tanto en el sector eléctrico como el sector gasista. A estos efectos, se modifican el artículo 34 de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, y se introduce el artículo 34 bis. De forma paralela, se modifica el artículo 63 y se introduce el artículo 63 bis en la Ley 34/1998, de 7 de octubre. También en el sector gasista se prevé la posibilidad de acudir en determinadas circunstancias establecidas en el artículo 63 ter al gestor de red independiente de la ya citada Ley 34/1998.

En relación con la separación jurídica y funcional de los gestores de redes de distribución, la Directiva 2009/72 señala que la misma solo ha empezado a ser obligatoria, en virtud de la Directiva 2003/54/CE, a partir del 1 de julio de 2007, por lo que aún era preciso evaluar sus efectos sobre el mercado interior de la electricidad. Las normas sobre separación jurídica y funcional actualmente en vigor pueden dar lugar a una separación efectiva, a condición de que se definan más claramente, se apliquen de manera adecuada y se controlen estrechamente. Se introducen por tanto una serie de precisiones. En particular, se señala que el encargado de evaluar el cumplimiento de los códigos de conducta dentro de la empresa será totalmente independiente y tendrá

⁷ Véase "Effective unbundling of energy transmission networks: lessons from the Energy sector Inquiry", Competition Policy Newsletter, Núm. 1, 2007, Philip Lowe.

⁸ Directiva 2009/72/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de julio de 2009 sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y por la que se deroga la Directiva 2003/54/CE.

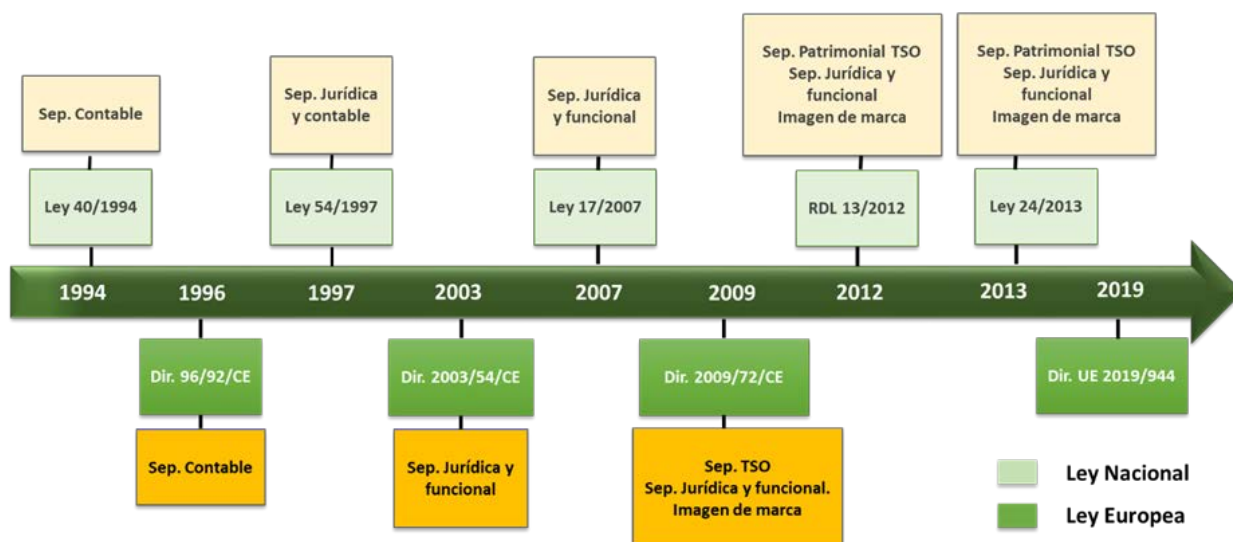
⁹ Directiva 2009/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de julio de 2009 sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural y por la que se deroga la Directiva 2003/55/CE.

acceso a toda la información de la sociedad y de cualquiera de sus empresas filiales que requiera para el desempeño de su función.

El legislador europeo es consciente de que, para crear condiciones de igualdad a nivel minorista, deben controlarse las actividades de los gestores de redes de distribución a fin de impedir que aprovechen su integración vertical para fortalecer su posición competitiva en el mercado, especialmente en relación con los pequeños consumidores domésticos y no domésticos.

El Real Decreto-Ley 13/2012 introduce las precisiones comentadas en materia de separación funcional así como una obligación adicional en este ámbito que trae causa de las propias Directivas, relativa al deber de no crear confusión en la información y en la presentación de la marca e imagen de marca respecto a la identidad propia de las filiales de su mismo grupo que realicen actividades de comercialización. Aspecto que se tratará en siguientes apartados.

A continuación, y a efectos ilustrativos, se inserta un gráfico en el que se puede apreciar la evolución del principio de separación de actividades en el sector eléctrico.



1.2. Jurisprudencia relevante en materia de separación de actividades.

La jurisprudencia existente en materia de separación de actividades en los sectores energéticos es escasa, pudiendo referenciarse tres ámbitos distintos:

En primer lugar, procede referirse a la primera sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la materia, recaída el 22 de octubre de 2013 en los casos acumulados C-105/12, C-106-12 y C-107-12. En dicha sentencia se analiza la compatibilidad con el Derecho de la Unión de una normativa nacional (neerlandesa) que prohíbe, entre otras cuestiones, los vínculos de propiedad o de control entre, por una parte, sociedades que formen parte de un grupo al que pertenezcan un gestor de tales redes de distribución y, por otra parte, sociedades que formen parte de un grupo al que pertenezca una empresa que se dedique a la producción, suministro o comercialización de electricidad o gas en el territorio neerlandés, así como la realización por tal gestor y por el grupo al que pertenezca, de operaciones o actividades que pudieran menoscabar el interés de la gestión de la red de que se trate. Dicha se régimen se analiza en el marco de la Directivas 2003/54/CE y 2003/55/CE. Es de destacar la conclusión a la que llega el Tribunal:

“(...) los objetivos consistentes en impedir las subvenciones cruzadas en sentido amplio, incluido el intercambio de información estratégica, en garantizar la transparencia en los mercados de la electricidad y del gas y en evitar las distorsiones de la competencia pueden justificar, como razones imperiosas de interés general, las restricciones a la libre circulación de capitales ocasionadas por disposiciones nacionales como las controvertidas en el procedimiento principal.”

Por otro lado, en ámbito nacional, interesa mencionar determinados pronunciamientos de la Audiencia Nacional¹⁰ en relación con la delimitación de las actividades de distribución y comercialización, pronunciamientos que tienen lugar con ocasión de diversos procedimientos sancionadores tramitados por la extinta Comisión Nacional de Energía por vulneración del principio de separación de actividades y que se sustancian en un momento temporal en el que el distribuidor realizaba venta a tarifa. Resulta relevante lo siguiente:

“Pues bien, la oferta conjunta de electricidad y gas realizada a través de la factura eléctrica, expedida por la empresa distribuidora para los consumidores de electricidad no acogidos a la condición de cualificados sino al régimen tarifario, vulnera el principio de separación jurídica de actividades previsto en el artículo 14 de la Ley 54/1997. Sin desconocer las peculiaridades del mercado eléctrico y las conexiones entre la actividad de distribución y comercialización cuando se trata de venta de electricidad a consumidores sometidos al régimen a tarifa, hay que partir, para el resto de los supuestos, de la clara separación jurídica que la Ley establece entre ambas actividades. Tal separación, lógicamente, incluye el conjunto de actividades complementarias que integran la actividad económica de comercialización como el marketing y la publicidad que, recoge cualquier manual de economía, constituyen actividades necesarias para desarrollar la actividad de venta en sentido estricto y, consecuentemente, todas ellas incluidas dentro del concepto de comercialización, resultan vedadas a las empresas distribuidoras, de forma que publicitar la oferta conjunta de gas y electricidad de la empresa comercializadora en las facturas de suministro a tarifa efectuada por la distribuidora atenta contra el principio de separación de actividades.

Siendo así, la conducta imputada y la conducta sancionada es la misma pues la Administración no ha imputado ni sancionado una actividad de venta, en sentido estricto, de gas y electricidad sino la realización por la recurrente de una actividad ajena a las funciones fijadas para los distribuidores en el artículo 9.1.g) de la Ley 54/1997 ya que participar en una campaña publicitaria a favor de la empresa comercializadora del grupo excede del objeto social exclusivo consistente en el desarrollo de la actividad de distribución.

En definitiva la recurrente ha realizado una actividad incompatible lesionando el bien jurídico protegido en el artículo 60.13 de la Ley 54/1997 ya que no ha garantizado debidamente el principio de transparencia que debe presidir la retribución de las actividades reguladas, pues los costes de comercialización no pueden subvencionarse de forma encubierta y de otra parte, las ventajas comerciales generadas por la citada actividad de publicidad, que correspondería a la comercializadora, suponen discriminaciones y distorsión de la competencia que precisamente se pretende evitar con la separación de

¹⁰ Véanse Sentencias de la Audiencia Nacional de 29 de septiembre y 3 de octubre de 2006 (RJCA 2006/867 y 2007/228). Véase igualmente la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de noviembre de 2003 (RJ 2003/8286)

actividades (artículo 19.3 en relación con el Considerando 8 de la Directiva 2003/54.”

Finalmente, en el ámbito de la competencia desleal, cabe traer a colación determinadas Sentencias del Tribunal Supremo en relación con procedimientos sancionadores tramitados por la extinta Comisión Nacional de Competencia de conformidad con el artículo 3 de la Ley 15/2007, de julio, de Defensa de la Competencia, por actos de competencia desleal en los mercados minoristas: la Sentencia del Tribunal Supremo 1196/2016, de 15 de marzo, (campaña informativa a clientes) la Sentencia del Tribunal Supremo 4681/2016, de 25 de octubre, y la Sentencia del Tribunal Supremo 349/2017, de 3 de febrero (traspaso de clientes).

II. CONSIDERACIÓN ESPECÍFICA DE LAS OBLIGACIONES RELATIVAS A LA INFORMACIÓN, PRESENTACIÓN DE MARCA E IMAGEN DE MARCA.

En la actualidad, el artículo 12.3 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, recoge la obligación de que las empresas distribuidoras y las empresas comercializadoras de referencia que formen parte de un grupo de sociedades que desarrolle actividades reguladas y libres en los términos previstos en dicha Ley, no creen confusión en su información y en la presentación de su marca e imagen de marca respecto a la identidad propia de las filiales de su mismo grupo que realicen actividades de comercialización. Por su parte, en el sector del gas natural, el artículo 63.6 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, establece idéntica obligación para las empresas distribuidoras que formen parte de un grupo de sociedades que desarrollen actividades reguladas y no reguladas en los términos previstos en la mencionada Ley.

La obligación del distribuidor de gas natural y de electricidad de no crear confusión en su información y en la presentación de marca e imagen de marca, respecto a la identidad de la filial comercializadora perteneciente al grupo integrado verticalmente, procede en concreto de los artículos 26.3 de la Directiva 2009/72/CE y de la Directiva 2009/73/CE, respectivamente¹¹ y fue objeto de transposición al derecho español mediante el artículo 1.5 y 2.10 respectivamente del ya citado Real Decreto-Ley 13/2012, de 30 de marzo.

La Comisión Europea, en su Nota Interpretativa de 22 de enero de 2010 sobre separación de actividades¹², se refiere a esta obligación como una medida para garantizar la separación funcional orientada con carácter principal a no generar confusión en el consumidor. Asimismo, indica que a la hora de identificar la existencia o no de confusión se puede tomar como referencia el derecho de la Unión en materia de marcas¹³.

Las Directrices de ERGEG de 15 de julio de 2008, anteriormente aludidas, ya establecen en su número GO7 que las compañías de redes deben de tener su propia

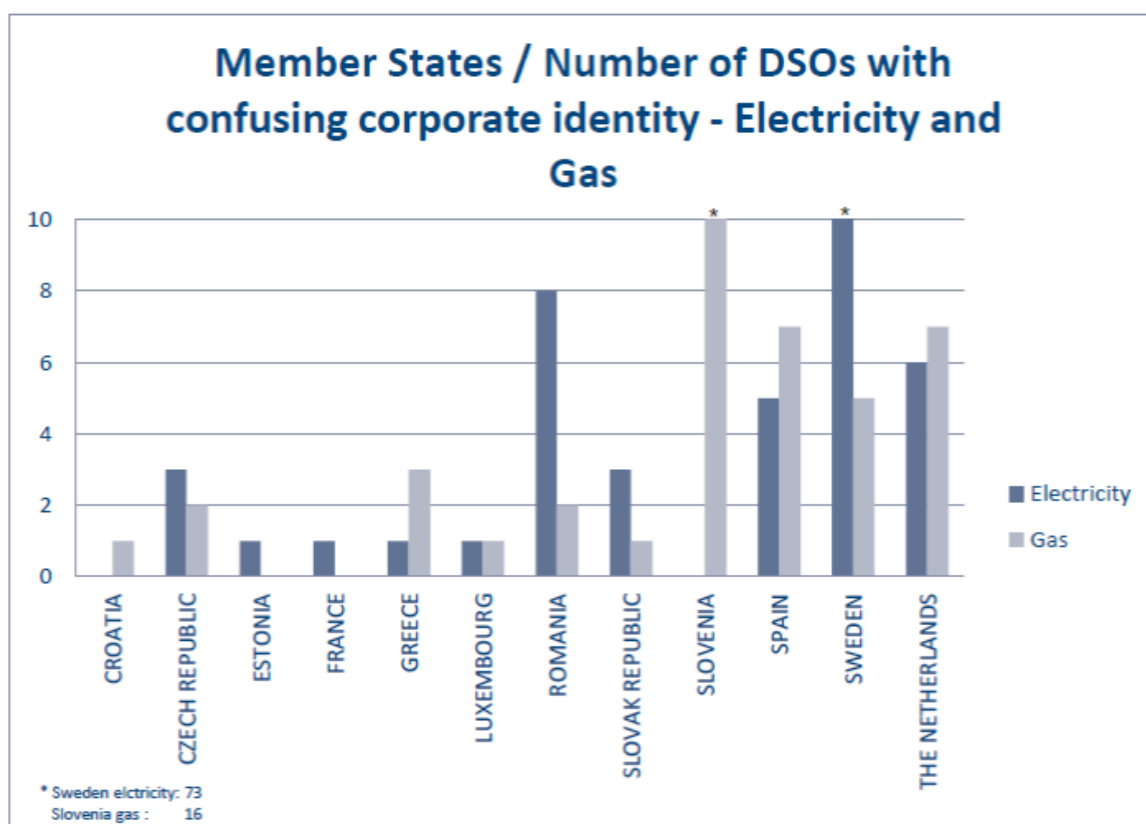
¹¹ “Cuando el gestor de la red de distribución forme parte de una empresa integrada verticalmente, los Estados miembros garantizarán el control de sus actividades por parte de las autoridades reguladoras u otros organismos competentes, de manera que no pueda aprovecharse de su integración vertical para falsearla competencia. En particular, los gestores de red de distribución integrados verticalmente no crearán confusión, en su información y en la presentación de la marca, respecto a la identidad separada de la filial suministradora de la empresa integrada verticalmente”.

¹² Commission Staff Working Paper. “Interpretative Note on Directive 2009/72/CE concerning common rules for the internal market on electricity and Directive 2009/73/CE concerning common rules for the internal market on natural gas. The unbundling regime.”

¹³ Así textualmente señala: “See in particular Council Regulation (EC) No 40/94 of 20 December 1993 on the Community trademarks, OJ L 11, 14.1.1994, p. 1, as amended, and Directive 2008/95/EC of the European Parliament and of the Council of 22 October 2008 to approximate the laws of the Member States relating to trade marks, OJ L 299, 8.11.2008, p. 25”.

identidad sin que pueda existir un nexo entre la red y el negocio de comercialización. Esto necesariamente implica políticas y estrategias de presentación de la marca y comunicación diferentes, canales de acceso distintos como teléfonos, páginas web, etc. ERGEG consideraba ya en aquel momento esta medida como imprescindible para que el consumidor no sea reacio al cambio de suministrador y no perciba al comercializador verticalmente integrado como una empresa que ofrezca mayor confianza o credibilidad por su proximidad al negocio de red. Se apuesta de forma definitiva por actividades de marketing diferenciadas¹⁴.

El Consejo de Reguladores Europeos de Energía CEER, en su informe de abril de 2016¹⁵, analiza el estado de situación de los Estados en los que existe confusión en la imagen de marca e identidad corporativa de los grupos integrados verticalmente, llegando a las conclusiones que se reflejan a continuación:



Por todo lo anterior, se concluye que la diferenciación poco clara de los grupos integrados verticalmente, en la información y en la presentación de marca e imagen de marca ante los consumidores, afecta a la elección de comercializador por el consumidor y, en consecuencia, a la dinámica competitiva del mercado minorista.

¹⁴ Así en la página 8 de las Directrices de 2008 se señala que: "Customer relations between the network company and suppliers are a fundamental element of functional unbundling as they mirror the internal independence of the network business from the vertically integrated company. Customers must be convinced of the separation of the system entity and energy suppliers. It must be clear for customers that the system operator is a neutral entity separated from any supply activities with the task of providing access to all energy suppliers in an equal manner. The customer must not believe that the integrated supplier is more reliable because of his closeness to the integrated grid, and therefore be reluctant to change suppliers. The affiliated supplier shall not benefit from the public credibility or reliability of the system operator. This must be assured through separate marketing activities".

¹⁵ "Status Review on the Implementation of Distribution System Operators' Unbundling Provisions of the 3rd Energy Package.". <https://www.ceer.eu/documents/104400/-/-/882514d5-c57f-86f8-50a3-90185e270f15>

III. LA DECISIÓN JURÍDICAMENTE VINCULANTE DE LA CNMC, DE 6 DE SEPTIEMBRE DE 2018 (DJV/DE/001/18)

III.1. La justificación de la decisión: la distorsionada percepción del consumidor sobre los mercados de gas y de electricidad.

Como se ha señalado anteriormente, a pesar de que la normativa de los sectores energéticos se esfuerza en definir y diferenciar las distintas actividades que participan en el suministro de gas y electricidad, la distinción no ha sido adecuadamente percibida por los consumidores.

Entre las labores de supervisión que lleva a cabo la CNMC se encuentra el denominado Panel de Hogares, que consiste en la elaboración de una encuesta con carácter semestral, en la que se recaba información sobre la disponibilidad de los servicios y equipos, los consumos y gastos, y los hábitos y percepciones de los usuarios del segmento residencial en los sectores supervisados por la CNMC, entre los que se encuentra el sector energético¹⁶.

Pues bien, las conclusiones que se alcanzaron del Panel de Hogares elaborado por la CNMC en el primer semestre de 2015, revelaron que únicamente el 12,5% de los encuestados conocía la diferencia entre el suministro en el mercado libre y el suministro en el mercado regulado de electricidad, reduciéndose aún más este porcentaje al 7,8% en el mercado del gas natural. Más aún, más de la mitad de los hogares desconocían la diferencia que existe entre un comercializador y un distribuidor de energía.

La situación dista mucho de haber cambiado durante este tiempo. En el segundo trimestre de 2017 el conocimiento acerca de la diferencia entre el suministro libre y regulado solo mejoró ligeramente, situándose en el 18% en el sector eléctrico y el 13,5% en el de gas. En el segundo trimestre de 2018, las tasas de desconocimiento de los mercados alcanzaron el 19,6% y 16,1% en electricidad y gas respectivamente.

La CNMC ha detectado que uno de los elementos que provocan esa confusión es el empleo, por parte de muchos comercializadores de gas y electricidad, de la misma marca y el mismo logotipo que utiliza la empresa distribuidora del grupo verticalmente integrado. De igual forma, la coincidencia de marca entre la comercializadora libre y la comercializadora regulada del mismo grupo impide que los consumidores se percaten de la diferencia que existe entre ambas actividades y de las posibles ventajas que una otra comportan.

En este sentido, en el *Informe de supervisión de las ofertas del mercado minorista de gas y electricidad recogidas en el comparador de ofertas de la CNMC*¹⁷, de 8 de enero de 2015, la CNMC identificó como una de las malas prácticas comerciales detectadas en la contratación de gas y electricidad, la falta de diferenciación de marca de muchos comercializadores con respecto a la empresa distribuidora y a la comercializadora de referencia del mismo grupo empresarial. En concreto, se señalaba en el informe que *“Algunos comercializadores continúan utilizando marcas y logos similares entre el distribuidor, el comercializador de referencia y el comercializador del mismo grupo empresarial, especialmente en las ventas a domicilio, lo que puede confundir al consumidor, y utilizarse como una ventaja del comercializador ligado al distribuidor de la zona, en la venta del suministro de gas o electricidad. Por ello, los comercializadores deberían evitar crear confusión en el consumidor en este sentido, identificando su empresa y su actividad claramente antes de contactar con el consumidor”*.

¹⁶ Los datos de las encuestas del Panel de Hogares, relativos a los mercados de varios de los sectores supervisados por la CNMC, pueden encontrarse en CNMCDATA. <http://data.cnmc.es/datagraph>

¹⁷ https://www.cnmc.es/sites/default/files/1486221_1.pdf

Otras fuentes de información evidencian igualmente el desconocimiento que existe por parte de los consumidores. Cabe aquí reiterar que el Consejo de Reguladores Europeos de Energía (CEER) elaboró un informe que hizo público en abril de 2016, en el que abordó una revisión acerca del grado de implantación de las obligaciones incluidas en las Directivas europeas sobre separación de actividad de los distribuidores de gas y electricidad integrados verticalmente¹⁸. Este informe como ha sido anteriormente reflejado sitúa a España entre los doce países en los que existe confusión en la imagen de marca e identidad corporativa de los grupos integrados verticalmente.

Por otra parte, distintas asociaciones de consumidores se han hecho eco de esa situación de confusión y han denunciado en reiteradas ocasiones que las similitudes que presentan los logos y los canales de comunicación empleados por las empresas de gas y electricidad impiden a los consumidores distinguir entre las sociedades que realizan las actividades de distribución y comercialización.

III.2.El procedimiento para la elaboración de una decisión jurídicamente vinculante.

Con el fin de revertir la situación y evitar la confusión generalizada que sufren los consumidores, la CNMC inició en el mes de marzo de 2018 un procedimiento para la adopción de una decisión jurídicamente vinculante en relación con la obligación de las empresas distribuidoras de gas y electricidad y comercializadoras de referencia que forman parte de un grupo *verticalmente* integrado, de no crear confusión a los consumidores en la información y en la presentación de marca e imagen de marca. Se trata, en líneas generales, de la elaboración de una resolución que contenga medidas concretas dirigidas a las empresas, a fin de que por parte de éstas se dé cumplimiento real y efectivo a las obligaciones de los ya citados artículos 12.3 Ley del Sector Eléctrico y 63.6 de la Ley del Sector de Hidrocarburos.

La justificación empleada por la CNMC para promover esta actuación se amparaba en los datos reveladores de la confusión existente, señalando a estos efectos: *“La persistencia de esta confusión por la marca e imagen de marca de las comercializadoras libres que pertenecen al mismo grupo empresarial que el distribuidor de la zona o que el comercializador de referencia/de último recurso afecta a la dinámica competitiva de los mercados minoristas de gas y de electricidad, con claro perjuicio para el consumidor. Dicha confusión estaría dificultando la elección clara de comercializador por parte del consumidor, e incrementaría la dificultad de captación de clientes por parte de los nuevos entrantes en el mercado, puesto que los consumidores pueden percibir, erróneamente, que el comercializador del grupo verticalmente integrado puede proporcionar una mejor calidad y seguridad de suministro”*.

La CNMC reparaba también en los efectos anticompetitivos anudados a esa situación de confusión en los mercados minoristas de gas natural y electricidad. Concretamente, alertaba de que, de conformidad con los estudios más recientes¹⁹, los efectos que estaba provocando la desinformación por parte de los consumidores finales, sobre todo los domésticos, eran los siguientes:

¹⁸ CEER (1 de abril de 2016): *“Status Review on the Implementation of Distribution System Operators’ Unbundling Provisions of the 3rd Energy Package”*. <https://www.ceer.eu/documents/104400/-/-/882514d5-c57f-86f8-50a3-90185e270f15>

¹⁹ Información de número de suministros en el primer semestre de 2017 del Informe de la CNMC de supervisión de los cambios de comercializador –segundo trimestre 2017 (IS/DE/014/17). https://www.cnmc.es/sites/default/files/1859812_11.pdf.

1. Una elevada concentración en los mercados de suministro de electricidad y de gas natural a consumidores finales por las comercializadoras que pertenecen al mismo grupo empresarial que las distribuidoras.
2. La importancia de la integración vertical con el distribuidor de la zona en el suministro a las altas de puntos de suministro de electricidad y de gas natural.
3. Una inercia al cambio de comercializador desde el comercializador de referencia de electricidad/comercializador de último recurso de gas, al comercializador libre del mismo grupo empresarial.

En la tramitación del procedimiento se dio entrada a todas las empresas afectadas, entendiéndose por tales las distribuidoras de gas y electricidad (en el caso de éstas últimas, aquellas de menos de 100.000 clientes conectados a sus redes), las comercializadoras de referencia del sector de la electricidad y las comercializadoras de último recurso del sector gasista, en cuyos grupos societarios existieran sociedades que realizan actividad de comercialización libre. En total, el procedimiento se tramitó con veinticinco sociedades mercantiles pertenecientes a los principales grupos energéticos españoles, cada uno de los cuáles presentaba una casuística individual respecto a su información, presentación e imagen de marca. Se trata en particular de, las cinco grandes distribuidoras de electricidad²⁰, las ocho comercializadoras de referencia/de último recurso²¹ y las filiales distribuidoras de gas pertenecientes al antiguo grupo Gas Natural Fenosa (actualmente Naturgy), con matriz Nedgia, S.A.²².

El objeto del procedimiento no era otro que el de lograr el cumplimiento efectivo a la obligación establecida en el artículo 12.3 Ley del Sector Eléctrico y en el artículo 63.6 de la Ley del Sector de Hidrocarburos desde tres ejes fundamentales definidos ya desde su inicio: i) Impedir que las empresas creen confusión en la información que remitan al consumidor por cualquier canal de comunicación, respecto a la identidad de la sociedad comercializadora perteneciente al grupo empresarial o del grupo o a los servicios que esta ofrece. ii) Impedir que las empresas creen confusión en la presentación de marca, incluyendo bajo este concepto, la denominación social de las empresas. Y iii) Impedir que las empresas creen confusión en la imagen de marca, entendiéndose como tal tanto el logo como sus colores o cualquier otra similitud.

III.3. Naturaleza jurídica de la decisión jurídicamente vinculante.

Las decisiones jurídicamente vinculantes son un instrumento regulatorio creado por las Directivas de gas y electricidad como parte del núcleo fundamental de las competencias reconocidas a las ANR (Autoridades Nacionales Reguladoras), atribución que en España le corresponde a la CNMC²³. La posibilidad de dictar decisiones jurídicamente vinculantes se encuentra recogida en los artículos 37.4 a) de la Directiva 2009/72/CE para el mercado interior de la electricidad y 41.4 a) de la Directiva 2009/73/CE para el mercado interior del gas natural. Entre los fines que persiguen estas decisiones se encuentra la de cumplir con las obligaciones de protección del cliente final impuestas por el artículo 3 de ambas Directivas.

²⁰ Iberdrola Distribución Eléctrica, S.A.U, Endesa Distribución Eléctrica, S.L.U, Hidrocarburo Distribución Eléctrica, S.A.U, Viesgo Distribución Eléctrica, S.L. y Unión Fenosa Distribución, S.A.

²¹ Endesa Energía XXI, S.L.U., Iberdrola Comercialización de Último Recurso, S.A.U., Gas Natural S.U.R., SDG, S.A., EDP Comercializadora de Último Recurso, S.A., CHC Comercializadora de Referencia S.L.U., Viesgo Comercializadora de referencia, S.L., Teramelcor, S.L. y Empresa de Alumbrado Eléctrico de Ceuta Comercialización de Referencia, S.A.

²² Nedgia Andalucía, Nedgia Aragón, S.A., Nedgia Balears, Nedgia Castilla-La Mancha, Nedgia Castilla y León, Nedgia Catalunya, S.A., Nedgia Cegas, Nedgia Galicia, Nedgia Madrid, Nedgia Navarra, Nedgia Redes y Nedgia Rioja, S.A.

²³ Artículo 4 c) del Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, por el que se aprueba el Estatuto Orgánico de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

En su transposición al derecho español el preámbulo del Real Decreto-Ley 13/2012, de 30 de marzo, señala que, entre las medidas que puede adoptar el organismo regulador en ejercicio de sus competencias, se encuentra la de *dirigir decisiones jurídicamente vinculantes a las empresas*, que estarán obligadas a su cumplimiento.

Se refiere a ellas el apartado sexto de la disposición adicional undécima de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, declarada expresamente en vigor por la disposición derogatoria b) de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC. En este apartado se atribuye a la Comisión la posibilidad de adoptar las medidas para la consecución de ciertos objetivos, entre ellos, (a) *"promover el funcionamiento competitivo del sector energético para garantizar la efectiva disponibilidad y prestación de unos servicios competitivos y de calidad, en lo que se refiere al suministro de la electricidad y de los hidrocarburos (...), en beneficio del conjunto del mercado y de los consumidores y usuarios"*, y (h) *"contribuir a garantizar un alto nivel de servicio, la protección de los consumidores de energía, especialmente los clientes vulnerables, y la compatibilidad de los procesos de intercambio de datos necesarios para que los clientes cambien de suministrador"*.

La decisión jurídicamente vinculante tiene naturaleza de acto administrativo cuyos destinatarios, en el caso que nos ocupa, son una pluralidad concreta y determinada de sujetos. La finalidad del procedimiento se encuentra definida desde su inicio y es la de *"concretar, en términos razonables y dentro de los límites legales, las previsiones de no confusión de información, presentación de marca e imagen de marca de las distribuidoras y comercializadoras de referencia pertenecientes a los grupos integrados, sin innovar el contenido ya fijado por las leyes sectoriales y ateniéndose a la finalidad de las mismas, que es —principalmente— la de proporcionar una adecuada protección al consumidor en su derecho a elegir libremente suministrador sin confusión, y subsidiariamente, el de mantener una competencia efectiva en el mercado de suministro de electricidad y en el de gas natural"*.

Se adecúa así al criterio establecido por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo respecto del alcance de las resoluciones jurídicamente vinculantes dictadas por la CNMC, cuyas notas esenciales son que el pronunciamiento que se adopte contenga una concreción de la norma aplicable en términos razonables, sin innovar el ordenamiento jurídico²⁴.

Debe significarse que las decisiones jurídicamente vinculantes que aprueba la CNMC son de obligado cumplimiento. Esta obligatoriedad no deriva sólo del apelativo de *vinculante* que las directivas les añaden, sino de las consecuencias que la normativa ha previsto expresamente para su inobservancia. Así, el incumplimiento de estas decisiones está tipificado como infracción muy grave o grave por los artículos 64.8 y 65.4 de la Ley del Sector Eléctrico y 109.1.g) y 110.d) de la Ley del Sector de Hidrocarburos, respectivamente, atendiendo al perjuicio que para el sistema suponga el incumplimiento.

²⁴ La sentencia de 5 de abril de 2018 (Recurso 154/2016), se refiere a la Resolución de la CNMC de 18 de febrero de 2014 por la que adoptó una decisión vinculante relativa a las nuevas altas de suministros de gas. En el fundamento de derecho quinto de la sentencia se señala lo siguiente: *"Partiendo del tenor literal de los citados preceptos es claro, a juicio de este Tribunal, que la Decisión se ha limitado a concretar, en términos razonables y dentro de los límites legales, las previsiones de información establecidas en las indicadas normas, sin innovar el contenido ya fijado en éstas y ateniéndose a la finalidad de las mismas, que es —principalmente— la de proporcionar una adecuada protección a los consumidores"*. En términos similares, la Sentencia de la Sección tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 19 de octubre de 2018 (Recurso 3000/2016).

III.4. El contenido de la decisión.

El procedimiento administrativo finalizó con la aprobación de una Resolución de 6 de septiembre de 2018²⁵, en la que se adoptan diversas medidas con respecto a las empresas distribuidoras de gas natural y electricidad (en el caso de sector de electricidad, aquellas con más de 100.000 clientes conectados a sus redes) y comercializadoras de referencia o de último recurso que formen parte de grupos empresariales que integren igualmente sociedades que comercializan en mercado libre electricidad y gas natural²⁶.

En primer lugar, se adoptan unas medidas de carácter general, aplicables a todas las empresas, que se estructuran en torno a los tres ejes fundamentales anteriormente señalados: presentación de marca, imagen de marca e información a los consumidores. Seguidamente, se incluye un anexo que contiene la relación detallada de todos aquellos aspectos de cada una de las empresas que ha sido parte en el procedimiento, que deben ser modificados para adecuarse a los pronunciamientos contenidos en la resolución.

Las medidas de carácter general son las siguientes:

1ª.- En cuanto a la presentación de marca:

“Las empresas interesadas no crearán confusión en la presentación de marca respecto a la identidad propia de las sociedades de su mismo grupo que realicen actividades de comercialización. Esta medida se entiende referida, en todo caso, a la denominación social de las sociedades distribuidoras y comercializadoras de referencia o último recurso en relación con la denominación social de las sociedades que comercialicen electricidad y gas natural pertenecientes al mismo grupo empresarial.

El consumidor medio, final y doméstico de electricidad o gas natural, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, deberá poder identificar correctamente, no sólo la actividad que desempeña la empresa —distribución o comercialización de referencia—, sino además que no asocie, no relacione o no identifique de forma equívoca la marca de ambas sociedades pertenecientes al mismo grupo empresarial en el que se integra la sociedad que comercializa electricidad y gas natural del grupo verticalmente integrado.

A los efectos del cumplimiento de las medidas señaladas en los párrafos anteriores se señala que la mera incorporación del término “distribución” en la marca vinculada al distribuidor o del término “comercializador de referencia” o “suministrador de último recurso” o “comercializador de último recurso” en la denominación social de dichas empresas, no elimina el riesgo de confusión de marca, si en su denominación social se incluye el nombre del grupo, siempre que sea adoptado en la denominación social de la sociedad que comercializa electricidad y gas natural perteneciente al grupo”.

La CNMC considera la denominación social de las empresas que intervienen en el suministro energético, como uno de los elementos que provocan que los consumidores no sean capaces de diferenciar entre las distintas sociedades de los grupos energéticos y el papel que desempeña cada una de ellas. Por ello, estima que la obligación de no generar confusión en la “presentación de marca”, debe abarcar también a la denominación social de las empresas. Aun cuando es evidente que el concepto de

²⁶ El texto de la Resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de 6 de septiembre de 2018 puede consultarse en su versión no confidencial en <https://www.cnm.es/gl/node/371392>.

“marca” y el de “denominación social” son jurídicamente distintos, la coincidencia entre ambos o, mejor dicho, la inclusión de la marca en el nombre elegido para identificar a las compañías y dotarlas de personalidad jurídica para operar en el tráfico mercantil, origina uno de los supuestos de confusión que la Ley trata de impedir.

La resolución añade a continuación un estándar de valoración con el que debe medirse el grado de confusión, similar al que es utilizado en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y de los Tribunales nacionales en los litigios sobre marcas y sobre protección de los consumidores: la del “consumidor medio”, “razonablemente atento” y “perspicaz”.

Y, finalmente, desincentiva cualquier intento de las mercantiles de diferenciar la denominación social de sus empresas a través de la mera introducción de los términos “distribución” o “comercialización”, en tanto en cuanto se ha revelado que tales alocuciones no aportan un elemento suficiente de diferenciación.

La actuación de la CNMC al valorar la denominación social de las empresas, se encuentra en línea con el de otras autoridades regulatorias europeas. Tal es el caso del Informe elaborado por el regulador francés, la CRE (Commission de Régulation de L'Énergie), en el mes de febrero de 2019 “Respecto de los Códigos de Buena Conducta e Independencia de los Gestores de Redes”²⁷. En la página 55 (apartado 3.2.1.2.) la CRE se pronuncia sobre el logo y la denominación de la compañía Electricité de Strasbourg S.A, estimando que el nombre y el logotipo de la marca del operador de la red de distribución de ES Réseaux eran excesivamente cercanos a la identidad social y al logotipo del comercializador ES Énergies Strasbourg. Esta circunstancia motivó que la CRE solicitara a Electricité de Strasbourg S.A. proceder al cambio de logotipo y nombre corporativo para abril de 2017 con el fin de cumplir con lo dispuesto en el artículo 26 de la Directiva 2009/72/CE. En el Informe de febrero de 2019, la CRE observa con satisfacción el despliegue de la nueva identidad visual del distribuidor (nombre y logotipo), que ya no se confunde con la del comercializador histórico²⁸.

2ª.- En cuanto a la imagen de marca:

“Las empresas interesadas no crearán confusión en la imagen de marca respecto a la identidad propia de las filiales de su mismo grupo que realicen actividades de comercialización. La presente medida se entiende referida, en todo caso, al logotipo, teniendo en cuenta todos los factores relevantes en la comparación gráfica, fonética o conceptual de los signos en conflicto. Adviértase que la incorporación en la imagen de marca de la distribuidora y de la comercializadora de referencia, de palabras, letras, cifras, figuras, signos, dibujos, elementos o símbolos comunes o idénticos a la imagen de marca de la empresa comercializadora perteneciente al grupo, son susceptibles de crear confusión al consumidor final doméstico de electricidad/gas natural, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz.

No obstante, lo anterior, la indicación de la pertenencia al grupo en letra con tamaño, color, situación del logotipo, en clara disposición inferior, menos

²⁷ “Respect des codes de bonne conduite et indépendance des gestionnaires de réseaux”.

²⁸ “Dans ses précédents rapports, la CRE avait considéré que le nom et le logo de la marque du gestionnaire de réseaux de distribution ES Réseaux étaient excessivement proches de l'identité sociale et du logo du fournisseur historique ES Énergies Strasbourg. La CRE avait ainsi demandé à Électricité de Strasbourg SA de «mener à bien la réflexion sur l'évolution des marques [...] et de procéder au changement de logo et de dénomination sociale d'ici le mois d'avril 2017» afin de se mettre en conformité avec les dispositions de l'article 26 de la Directive n°2009/72/CE.

La CRE note avec satisfaction le déploiement de la nouvelle identité visuelle du distributeur (dénomination et logo) qui ne porte plus à confusion avec celle du fournisseur historique”.

visible y con tamaño de letra menor que la imagen de marca de la empresa interesada, no se considerará un elemento de confusión de imagen de marca”.

Esta segunda medida resulta aún más evidente en relación con el fin perseguido por el procedimiento, en tanto que se trata del aspecto visual más fácilmente perceptible por los consumidores. Se trata, en síntesis, de exigir a las empresas el empleo de logotipos diferentes, libres de cualquier rasgo de similitud que pueda ser susceptible de generar confusión.

No obstante lo anterior, la CNMC sí permite que las empresas identifiquen en sus logos el grupo societario al que pertenecen, de una manera que resulte menos perceptible a simple vista, situando la identificación del grupo en una posición inferior y utilizando letra de menor *tamaño*.

3ª.- En cuanto a la *información* a los consumidores:

“Las empresas interesadas no crearán confusión en la información que remitan o intercambien con el consumidor medio final doméstico de electricidad/gas natural, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, por cualquier canal de comunicación (telefónico, escrito, web, presencial), respecto a la identidad de las filiales de su mismo grupo que realicen actividades de comercialización. En la información deberá quedar diferenciada e inequívocamente identificada la empresa interesada respecto a la sociedad que comercializa electricidad /gas natural perteneciente al grupo integrado. En todo caso dicha identificación diferenciada e inequívoca afectará:

- *A la identificación de la empresa interesada en las facturas de clientes y en todas las comunicaciones escritas remitidas al cliente, respecto a la sociedad perteneciente al grupo que comercializa en el mercado libre;*
- *A la identificación de la empresa interesada en las llamadas telefónicas que reciba de clientes a través de su número de atención específico, respecto a la sociedad perteneciente al grupo que comercializa en el mercado libre;*
- *A la identificación de la empresa interesada a través de la dirección de su página web, de forma clara e inequívoca respecto a la sociedad perteneciente al grupo que comercializa en el mercado libre. Dicha web será específica e independiente y no incluirá vínculos al portal web de la sociedad que comercializa electricidad o gas natural perteneciente al grupo empresarial;*
- *A la identificación de la empresa interesada en las comunicaciones presenciales con el cliente, de forma clara e inequívoca respecto a la sociedad perteneciente al grupo que comercializa en el mercado libre, ya sea por cuenta de la empresa como en representación o subcontratación de un tercero.*

La identificación de marca de las empresas interesadas en ubicaciones (rótulos de instalaciones, vehículos, uniformes de sus trabajadores, edificios, arquetas, etc.) no estará afectada por la obligación señalada en el párrafo anterior, en tanto dichos elementos no intervengan en su relación directa con el cliente”.

Lo que la CNMC trata de evitar con la tercera medida impuesta es que los clientes puedan conocer en cada momento, sin ningún género de dudas, la identidad de la empresa con la que se están comunicando o de la que *están* recibiendo información.

Esta obligación es extensible a los distintos canales de información que utilizan las empresas, ya sea telefónico, presencial o el facilitado a través de internet. Se pretende asimismo que dichos canales de información no puedan ser utilizados por los grupos societarios en su propio beneficio, derivando a los clientes de una a otra empresa del grupo. A modo de ejemplo, se trata de evitar que la entrada de un cliente a través de la página web de la comercializadora regulada para recibir información sobre sus consumos, pueda servir para conducirlo a las ofertas de la comercializadora libre.

Nótese que la medida adoptada por la CNMC se extiende a los aspectos estrictamente imprescindibles, dejando fuera otros elementos de identificación de las compañías que, por no intervenir directamente en la relación con el cliente, no se considera necesario modificar. Tal es el caso de los uniformes, vehículos, arquetas y rótulos. La resolución de la CNMC respeta así el principio de proporcionalidad y menor intervención, al evitar introducir obligaciones que no se estiman indispensables para cumplir el fin perseguido.

Como se ha señalado anteriormente, después de la enumeración de las medidas que se adoptan con carácter general en la resolución respecto de la presentación de marca, imagen de marca e información a los consumidores, se incluye un anexo con aquellas medidas individualizadas que cada una de las empresas debe cumplir, para poner fin a las situaciones concretas de confusión que se han puesto de manifiesto en la tramitación del procedimiento.

Debe significarse que la resolución no incluye en su anexo ninguna medida respecto de las sociedades del grupo Naturgy (antiguo grupo Gas Natural Fenosa) en tanto que se estima que *“la nueva denominación social de la comercializadora de referencia “COMERCIALIZADORA REGULADA GAS & POWER, S.A.” y de la comercializadora libre perteneciente al grupo “NATURGY IBERIA, S.A.”, (antes denominada GAS NATURAL SERVICIOS SDG, S.A.), no confunde al consumidor, al no asociar, relacionar o identificar la marca de ambas sociedades pertenecientes al mismo grupo empresarial”*. Del mismo modo, los logotipos de COMERCIALIZADORA REGULADA GAS & POWER, S.A. y NATURGY IBERIA, S.A. muestran suficientes elementos diferenciadores que evitan la confusión en la imagen de marca con el cliente final. En cuanto a las distribuidoras del grupo (las sociedades con matriz Nedgia), la CNMC consideró que, a pesar de que los colores de los símbolos incorporados en las imágenes de marca de éstas y los de la comercializadora libre del grupo son similares (naranja-rojo-azul) y que en la imagen de marca de las distribuidoras Nedgia se incluye la pertenencia al grupo Naturgy, las imágenes de marca de ambas sociedades son diferentes.

Tampoco incluye ninguna obligación específica para la comercializadora de referencia melillense Teramelcor, S.L., en tanto que utiliza una denominación social claramente diferenciada de la comercializadora libre del grupo “Gaselec Diversificación, S.L.”.

III.5. La implementación de las medidas adoptadas en la decisión jurídicamente vinculante.

La decisión de 6 de septiembre de 2018 no exige a las empresas que implementen de manera inmediata las medidas acordadas, sino que les concede un plazo de seis meses para hacerlo, contado a partir de la notificación.

No obstante, se da a las empresas la posibilidad de que durante los tres primeros meses presenten a la CNMC, si lo estiman conveniente, su propuesta de medidas para

adecuarse al contenido de la decisión jurídicamente vinculante, a fin de que la CNMC pueda valorarlas. En ese caso, las medidas deberán ser implementadas en los tres meses siguientes al pronunciamiento de la CNMC.

Todos grupos societarios afectados por la resolución de 6 de septiembre de 2018 hicieron uso de esa posibilidad presentando a la CNMC sus respectivas propuestas de medidas, por lo que la CNMC dictó con fecha 23 de mayo de 2019 cinco resoluciones administrativas acerca del contenido de dichas propuestas²⁹.

IV. CONCLUSIÓN.

Tanto la normativa europea como el derecho interno exigen que los grupos de empresas verticalmente integradas que participan en la actividad de suministro de electricidad y gas natural, no generen confusión en su presentación e imagen de marca y en la información que facilitan a los consumidores.

Se ha constatado que la mera inclusión de esta obligación en la normativa no ha servido para que esa diferenciación sea real y efectiva. Por este motivo, la CNMC, en el marco de sus funciones, ha decidido llevar a cabo actuaciones encaminadas al cumplimiento de esa obligación, aprobando a tal efecto una Decisión Jurídicamente Vinculante de fecha 6 de septiembre de 2018. Corresponde ahora a los grupos empresariales la implementación de las medidas adoptadas en esta decisión.

La CNMC, en su labor constante de supervisión de los sectores energéticos, deberá verificar si realmente las empresas eliminan los elementos generadores de confusión que impedían que los consumidores pudieran diferenciar entre todas las compañías participantes en los mercados energéticos y el papel que desempeña cada una de ellas, con el fin de que puedan conocer estos mercados y las distintas modalidades de contratación.

²⁹ El texto de las Resoluciones puede consultarse en su versión no confidencial en <https://www.cnmc.es/gl/node/371392>.

