

RESOLUCIÓN SOBRE LAS MEDIDAS SOLICITADAS POR CURENERGÍA COMERCIALIZADOR DE ÚLTIMO RECURSO, S.A.U. (GRUPO IBERDROLA) EN RELACIÓN CON [INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL] ATENDIENDO A LO DISPUESTO EN LAS RESOLUCIONES DE LA CNMC DE 6 DE SEPTIEMBRE DE 2018 Y DE 23 DE MAYO DE 2019 SOBRE LAS OBLIGACIONES PARA LOS GRUPOS VERTICALMENTE INTEGRADOS DE NO CREAR CONFUSIÓN EN LA INFORMACIÓN, PRESENTACIÓN E IMAGEN DE MARCA

Expte: DJV/DE/001/18

SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA

Presidente

D. Ángel Torres Torres

Consejeros

D. Mariano Bacigalupo Saggese

D. Bernardo Lorenzo Almendros

D. Xabier Ormaetxea Garai

D^a. Pilar Sánchez Núñez

Secretario de la Sala

D. Joaquim Hortalà i Vallvé, Secretario del Consejo

En Madrid, a 16 de julio de 2020.

Atendiendo a lo establecido en la “*Resolución del procedimiento para la adopción de una decisión jurídicamente vinculante relativa al cumplimiento efectivo de la obligación legal por las empresas distribuidoras y comercializadoras de referencia pertenecientes a grupos integrados, a no crear confusión a los consumidores en la información, presentación de marca e imagen de marca*”, de 6 de septiembre de 2018, en la Resolución de 23 de mayo de 2019 sobre las medidas propuestas por las sociedades del GRUPO IBERDROLA para adaptarse a la decisión jurídicamente vinculante citada y a la vista de la solicitud de 27 de diciembre de 2019, planteada por CURENERGÍA COMERCIALIZADOR DE ÚLTIMO RECURSO, S.A.U., obligada al cumplimiento de las anteriores resoluciones, la **SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA** adopta el siguiente acuerdo:

ANTECEDENTES

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 58 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, y lo establecido en el artículo 25 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, así como en los artículos 18 y 23 i) del Estatuto Orgánico de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, aprobado por Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, el Director de Energía procedió, con fecha 16 de marzo de 2018, a acordar el inicio del 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.

Segundo.- En el marco del citado procedimiento, la Sala de Supervisión Regulatoria aprobó, en su sesión del día 6 de septiembre de 2018, la *“Resolución del procedimiento para la adopción de una decisión jurídicamente vinculante relativa al cumplimiento efectivo de la obligación legal por las empresas distribuidoras y comercializadoras de referencia pertenecientes a grupos integrados, a no crear confusión a los consumidores en la información, presentación de marca e imagen de marca”*.

En relación con la información a remitir o intercambiar con el consumidor, el apartado Primero de la parte dispositiva de la Resolución señala la siguiente obligación:

“3º. 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.”*

Tercero.- Con fecha 23 de mayo de 2019 la Sala de Supervisión Regulatoria adoptó la “*Resolución sobre las medidas propuestas por las sociedades del GRUPO IBERDROLA para adaptarse a lo dispuesto en la “Resolución del procedimiento para la adopción de una decisión jurídicamente vinculante relativa al cumplimiento efectivo de la obligación legal por las empresas distribuidoras y comercializadoras de referencia pertenecientes a grupos integrados, a no crear confusión a los consumidores en la información, presentación de marca e imagen de marca”*, a los efectos de valorar las medidas presentadas ante la CNMC, pronunciándose respecto de su contenido y eficacia, al objeto de concluir si, a través de la implementación de las mismas, las sociedades del GRUPO IBERDROLA obligadas cumplirían con las medidas establecidas en la decisión jurídicamente vinculante, disponiendo de un plazo de tres meses para su formalización desde la comunicación de esta Resolución al interesado.

En relación con **[INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]**, la comercializadora en el mercado regulado (entonces denominada IBERDROLA COMERCIALIZACIÓN DE ÚLTIMO RECURSO, S.A.U.) propuso **[INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]**

En relación con esta propuesta, la CNMC consideró que **[INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]** adoptando las medidas al efecto si corresponde y no se hubieran previsto.

Así, respecto de las propuestas de actuación vinculadas a la información que se intercambie con el consumidor por cualquier canal, esta Resolución resuelve en los siguientes términos:

“Tercera. Declarar que las propuestas de actuación realizadas por las interesadas IBERDROLA DISTRIBUCIÓN ELÉCTRICA, S.A.U. e IBERDROLA COMERCIALIZACIÓN DE ÚLTIMO RECURSO, S.A.U., a los efectos de cumplir con la medida consistente en no crear confusión en la información que remitan o intercambien con el consumidor medio respecto a

la identidad de la filial de su mismo grupo que realice la actividad de comercialización, se ajustarían a las exigencias previstas en la Resolución de la CNMC de 6 de septiembre de 2018 en los términos descritos en el apartado tercero, letra b) de los Fundamentos de Derecho Jurídico- Materiales y requerir a IBERDROLA COMERCIALIZACIÓN DE ÚLTIMO RECURSO, S.A.U. que se acometan las actuaciones señaladas, en relación con [INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL] en el caso de que no se hubieran previsto”.

Cuarto.- En el ejercicio de las funciones atribuidas a la CNMC por los artículos 5.1 a) y 7.3 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, relativas, respectivamente, a la función supervisora de los mercados de electricidad y gas natural y de la separación de actividades, una vez finalizado el plazo para la implementación de las medidas destinadas a cumplir con lo previsto en la decisión jurídicamente vinculante de 6 de septiembre de 2018, la CNMC ha requerido a cada sociedad interesada la remisión de información sobre las medidas concretas que finalmente han formalizado, atendiendo a lo señalado en la citada resolución, así como en la Resolución de 23 de mayo de 2019, información sobre posibles modificaciones respecto de las medidas que fueron valoradas por la CNMC y cualesquiera otras medidas que se hubieran adoptado.

Así, con fecha de 26 de noviembre de 2019, se puso a disposición telemática la solicitud de información dirigida a CURENERGÍA COMERCIALIZADOR DE ÚLTIMO RECURSO, S.A.U (en adelante CURENERGÍA).

Quinto.- Con fecha 27 de diciembre de 2019 tuvo entrada en el registro telemático de la CNMC escrito presentado por CURENERGÍA en respuesta al anterior requerimiento de información, en el que detalla las medidas formalizadas e incorpora una consideración sobre la situación singular [INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]

La sociedad manifiesta que, tras haber implementado todas las medidas de protección para no causar confusión comprometidas con la CNMC, ha detectado una “anomalía” que afecta a [INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL] que presentan una serie de singularidades frente a los “consumidores domésticos”, en la medida en que:

- **“No se encuentran comprendidos en el ámbito subjetivo de las Resoluciones de esa CNMC de 6 de septiembre de 2018 y de 23 de mayo de 2019, que tienen como finalidad evitar la “confusión en la información que se remita o intercambie con el consumidor medio final doméstico de electricidad/gas natural, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz”, pero nada dicen sobre [INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL] (que no encajan en la definición de “consumidor medio final doméstico”); y**

- **Tienen un grado de conocimiento del mercado eléctrico (y de las diferencias entre empresas distribuidoras, comercializadoras libres y comercializadoras reguladas) muy superior al del “consumidor medio final doméstico normalmente informado”** y no requieren, por tanto, del mismo nivel de protección (i.e. el riesgo de confusión de **[INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]** es prácticamente inexistente)”

[INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]

Manifiesta que, desde la implementación por las comercializadoras del grupo de las medidas exigidas por la CNMC en sus Resoluciones de 6 de septiembre de 2018 y 23 de mayo de 2019, **[INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]**

Asimismo, señala que “esta medida de separación absoluta supone de facto una separación funcional que excede el objetivo de la Decisión Vinculante, que es el de evitar la confusión de cierto tipo de consumidores en los que hay riesgo de confusión (el consumidor medio final doméstico de electricidad/gas natural, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz) y **[INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]** que conocen perfectamente la diferencia entre el mercado libre y el regulado.”

[INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]

FUNDAMENTOS DE DERECHO JURÍDICO-PROCESALES

Primero.- Habilitación competencial.

De conformidad con el artículo 25 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, así como de los artículos 18 y 23 del Estatuto Orgánico de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (aprobado por el Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto), corresponde al Director de Instrucción el ejercicio de las competencias que la normativa atribuye a su Dirección y, en particular, a tenor del apartado i) de dicho artículo 23, le corresponde “*incoar y tramitar los procedimientos para la adopción de decisiones jurídicamente vinculantes para las empresas eléctricas y de gas natural y elevar al Consejo la propuesta para su aprobación*”.

Asimismo, el apartado a) del citado artículo 23 establece que la Dirección de Energía, como órgano encargado de las funciones de instrucción de expedientes de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en aplicación de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico y de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos es, en particular, el órgano competente para elevar al Consejo las propuestas de resolución que se elaboren en ejercicio de las competencias previstas en el artículo 7 de la

Ley 3/2013, de 4 de junio, y singularmente en materia de supervisión y control en el sector eléctrico y en el sector del gas natural.

En aplicación de los artículos 14.1 y 21.2 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, así como los artículos 8.2.k) y 14.1.b) del Estatuto Orgánico, corresponde a la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC la competencia para la adopción de las decisiones jurídicamente vinculantes, competencia que, en el caso que nos ocupa, fue ejercida a través de la Resolución de 6 de septiembre de 2018. En consecuencia, corresponde también a la Sala de Supervisión Regulatoria la competencia para resolver sobre el cumplimiento de las medidas propuestas por las empresas afectadas para adaptarse al contenido de aquella.

Segundo.- Fundamento y objeto de la presente Resolución.

La presente resolución se dicta a instancias de CURENERGÍA, que ha presentado un escrito solicitando un pronunciamiento dela CNMC a fin de permitirle implementar una excepción al procedimiento general respecto **[INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]**

Ha de considerarse que esta concreta pretensión debe ser objeto de un pronunciamiento expreso y específico, en tanto que se trata de una cuestión que CURENERGIA plantea *ex novo* en el seno del expediente de la DJV/DE/001/18, aun cuando esta pretensión se plantee formalmente a través del escrito por el que se da cumplimiento al requerimiento de información dirigido por la CNMC el 27 de noviembre de 2019 en el marco de la supervisión de las Resoluciones de 6 de septiembre de 2018 y 23 de mayo de 2019.

El resto de los aspectos contenidos en el referido escrito de 27 de noviembre de 2019, relativos a la materialización de las medidas adoptadas por CURENERGIA, serán objeto de valoración junto al resto de actuaciones de supervisión de las medidas adoptadas por las distintas sociedades en cumplimiento de la decisión jurídicamente vinculante.

Por tanto, la presente resolución tiene por objeto emitir un pronunciamiento acerca de las opciones planteadas por la sociedad con la finalidad de **[INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]** pronunciándose sobre si se ajustarían a las exigencias previstas en las Resoluciones de la CNMC de 6 de septiembre de 2018 y 23 de mayo de 2019, a los efectos de cumplir con la medida consistente en no crear confusión en la información que remitan o intercambien con el consumidor, por cualquier canal de comunicación (telefónico, escrito, web presencial), respecto de la identidad de la filial de su mismo grupo que realice la actividad de comercialización.

FUNDAMENTOS DE DERECHO JURÍDICO-MATERIALES

Primero.- Disposiciones en la decisión jurídicamente vinculante de 6 de septiembre de 2018 y en la Resolución de 23 de mayo de 2019 respecto de la implementación de medidas relativas a [INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]

Con el fin de contextualizar debidamente los pronunciamientos contenidos en la decisión jurídicamente vinculante que fue aprobada por Resolución de 6 de septiembre de 2018, cabe recordar que mediante ella, la CNMC no hace otra cosa que exigir a las empresas afectadas el cumplimiento de las obligaciones legales contenidas en los artículos 12.3 de la LSE y 63.6 de la LSH. Ambos preceptos establecen una obligación genérica de no crear confusión, sin atemperar la exigencia en su cumplimiento en función de las características de los consumidores.

Por este motivo, la decisión jurídicamente vinculante de 6 de septiembre de 2018 obliga a las sociedades sujetas a su cumplimiento a no crear 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. Como se expondrá más adelante, esta mención al consumidor medio final doméstico ha de entenderse como un estándar mínimo en la exigencia de transparencia y claridad que debe exigirse en las comunicaciones.

[INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]

Mediante Resolución de 23 de mayo de 2019, la CNMC procedió a valorar las medidas propuestas por IBERDROLA COMERCIALIZACIÓN DE ÚLTIMO RECURSO, S.A.U. (IBERCUR, ahora denominada CURENERGÍA) para ajustarse a lo previsto en la decisión jurídicamente vinculante.

En cuanto a la información que se intercambie con el consumidor, [INICIO CONFIDENCIAL][FIN CONFIDENCIAL] la sociedad propuso, entre otras, [INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]

En relación con estas medidas, en la citada Resolución de 23 de mayo de 2019 la CNMC indica, expresamente, [INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL] adoptando las medidas al efecto si corresponde y no se hubieran previsto. Así, concluye que *“la CNMC considera que las medidas propuestas se ajustarían, en los términos expuestos, a las exigencias previstas en la Resolución de 6 de septiembre de 2018 (...)”*.

De esta manera, la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC acuerda en esta Resolución:

“Tercera. Declarar que las propuestas de actuación realizadas por las interesadas IBERDROLA DISTRIBUCIÓN ELÉCTRICA, S.A.U. e IBERDROLA COMERCIALIZACIÓN DE ÚLTIMO RECURSO, S.A.U., a los efectos de cumplir con la medida consistente en no crear confusión en la información que remitan o intercambien con el consumidor medio respecto a la identidad de la filial de su mismo grupo que realice la actividad de comercialización, se ajustarían a las exigencias previstas en la Resolución de la CNMC de 6 de septiembre de 2018 en los términos descritos en el apartado tercero, letra b) de los Fundamentos de Derecho Jurídico-Materiales y requerir a IBERDROLA COMERCIALIZACIÓN DE ÚLTIMO RECURSO, S.A.U. que se acometan las actuaciones señaladas, en relación con [INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL] en el caso de que no se hubieran previsto.”

Segundo.- Sobre las medidas implementadas por CURENERGÍA vinculadas [INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]

En el marco del ejercicio de las funciones atribuidas a la CNMC por los artículos 5.1 a) y 7.3 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, relativos, respectivamente, a la función supervisora de los mercados de electricidad y gas natural y de la separación de actividades en los mismos, una vez finalizados los plazos previstos para la implementación de las medidas destinadas al cumplimiento de lo previsto en la Resolución de 6 de septiembre de 2018, así como en las respectivas resoluciones de 23 de mayo de 2019, la CNMC ha requerido a las sociedades obligadas información sobre las medidas que finalmente han formalizado.

Respecto de la implementación de medidas vinculadas [INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL] CURENERGÍA informa [INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL] en los siguientes términos:

[INICIO CONFIDENCIAL]

[FIN CONFIDENCIAL]

Tercero.- Sobre la situación particular que la sociedad CURENERGÍA expone respecto de [INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]

En este apartado se incorporan las consideraciones de la CNMC en relación con los siguientes aspectos:

1. Sobre la finalidad y el ámbito subjetivo de aplicación de las Resoluciones de la CNMC de 6 de septiembre de 2018 y de 23 de mayo de 2019.
2. Sobre las medidas propuestas por la comercializadora en el mercado regulado del GRUPO IBERDROLA para cumplir con las obligaciones

- señaladas en la decisión jurídicamente vinculante y valoradas por la CNMC en su Resolución de 23 de mayo de 2019.
3. Sobre las disposiciones sobre protección del consumidor incorporadas en las Directivas relativas a los mercados interiores de electricidad y gas natural.
 4. Sobre lo dispuesto en materia de protección al consumidor en la Sentencia de la Audiencia Nacional con ocasión del recurso contencioso-administrativo nº 74/2017 interpuesto por EDP ENERGÍA, S.A.U. contra la Resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC, de 10 de enero de 2017.
 5. Sobre la categoría de clientes afectada por la situación expuesta por CURENERGIA: **[INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]**

1. Sobre la finalidad y el ámbito subjetivo de aplicación de las Resoluciones de la CNMC de 6 de septiembre de 2018 y de 23 de mayo de 2019.

CURENERGÍA señala que ha detectado una anomalía que afecta a **[INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]** en la medida que “*no se encuentran comprendidos en el ámbito subjetivo de las Resoluciones de esa CNMC de 6 de septiembre de 2018 y de 23 de mayo de 2019, que tienen como finalidad evitar la confusión en la información que se remita o intercambie con el consumidor medio final doméstico de electricidad/gas natural, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, pero nada dicen sobre [INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL] (que no encajan en la definición de “consumidor medio final doméstico”)*”, y disponen de un grado de conocimiento del mercado eléctrico muy superior al del “consumidor medio final doméstico normalmente informado” y no requieren, por tanto, del mismo nivel de protección.

Asimismo, señala que la medida de separación absoluta que implica que **[INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]** “*supone de facto una separación funcional que excede del objetivo de la Decisión Vinculante, que es el de evitar la confusión de cierto tipo de consumidores en los que hay riesgo de confusión (el consumidor medio final doméstico de electricidad/gas natural, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz), y no aquellos [INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL] que conocen perfectamente la diferencia entre el mercado libre y el regulado.*”

El planteamiento de CURENERGIA parte de la errónea consideración de que el objetivo de la decisión jurídicamente vinculante alcanza únicamente a un colectivo de consumidores, los domésticos, y deja fuera de su ámbito de protección al resto de clientes. **[INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]**

Respecto de esas afirmaciones procede señalarse, en primer lugar, que al

describir el Fundamento y Objeto del Procedimiento, la decisión jurídicamente vinculante, alude a la consecución de objetivos relativos a la protección y el beneficio de los consumidores de energía, recogidos en la normativa sectorial, concretamente:

“De conformidad con lo previsto en el apartado sexto de la disposición adicional undécima LSH, declarada expresamente en vigor por la disposición derogatoria b) de la ley 3/2013, de 4 de junio, la Comisión puede adoptar las medidas para la consecución de ciertos objetivos, entre ellos, (letra a) “promover el funcionamiento competitivo del sector energético para garantizar la efectiva disponibilidad y prestación de unos servicios competitivos y de calidad, en los 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 (letra h) “contribuir a garantizar un alto nivel del 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”.

Por su parte, la Resolución de 23 de mayo de 2019 se adopta a los efectos de la valoración por parte de la CNMC de las medidas presentadas por las interesadas, al objeto de concluir si, a través de las mismas, las interesadas cumplirían con las medidas establecidas en la anterior Resolución.

El objetivo de la Resolución de 6 de septiembre de 2018 (y en consecuencia también de la Resolución de 23 de mayo de 2019) es dar cumplimiento efectivo a las disposiciones previstas en la normativa sectorial en vigor (art. 12.3¹ de la LSE y art. 63.4² de la LSH), destinadas a eliminar la confusión de marca, imagen de marca e información de los grupos verticalmente integrados, con la finalidad última de la protección del consumidor, para que ejerza su derecho a elegir libremente suministrador con garantías.

Las citadas disposiciones sectoriales, cuya efectividad se persigue, establecen una obligación de carácter general, sin excepciones ni condiciones particulares para su materialización, como pueden ser las características o naturaleza del consumidor.

¹ “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 la presente ley, no crearán 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, sin perjuicio de las infracciones previstas en la normativa vigente a este respecto.”

² “Las empresas distribuidoras que formen parte de un grupo de sociedades que desarrollen actividades reguladas y no reguladas en los términos previstos en la presente Ley, no crearán 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, sin perjuicio de las infracciones previstas en la normativa vigente a este respecto.”

Así, este objetivo de protección del consumidor se expone y vincula al concepto de consumidor en general, por más que se identifique y destaque a una categoría concreta de consumidores como especialmente afectados por el riesgo de confusión que ha sido detectado:

- “Su única pretensión es dotar de verdadera eficacia a dichas obligaciones ya existentes, respecto a los tres elementos identificados (información, presentación de marca e imagen de marca) de no crear confusión por parte de los grupos integrados, a fin de proteger adecuadamente a los consumidores de electricidad y de gas natural, y singularmente a los consumidores domésticos.”³;
- “La CNMC en diversos informes reconoce que hay varios elementos que dificultan la percepción clara del consumidor (especialmente para los consumidores domésticos) sobre la identidad de la distribuidora, de la comercializadora de referencia y de la comercializadora a mercado libre pertenecientes al grupo empresarial. Elo hace necesario que se apliquen medidas activas para involucrar al consumidor e informarle.”⁴
- “Todo aquello que distorsiona la libre elección de comercializador de electricidad y gas natural por el consumidor, impacta en la dinámica competitiva del mercado minorista de suministro de electricidad y de gas natural a consumidores finales, particularmente domésticos.”⁵;
- “Por tanto, la finalidad del presente procedimiento es la protección al consumidor, particularmente el consumidor doméstico, en su decisión de elegir comercializador. Se pretende que el consumidor no vea alterada su libre elección de comercializador porque los distribuidores y comercializadores de referencia pertenecientes a grupos integrados creen confusión en su identidad con la del comercializador perteneciente al grupo. Se pretende evitar, precisamente, que los grupos integrados verticalmente tomen ventaja de su integración vertical para mantener su posición en el mercado. Ello es especialmente relevante para los consumidores domésticos y pymes”⁶;
- “en el presente procedimiento, a quien se busca proteger es al consumidor en su elección de comercializador, y por ende, a los competidores respecto a la confusión que pueda producirse en la identidad de las empresas pertenecientes a uno grupo integrado (...)”⁷.

Es importante destacar que esta alusión a la protección singular para determinados segmentos de consumidores resulta consistente con lo

³ Pág. 48 versión pública Resolución de 6 de septiembre de 2018

⁴ Pág. 54 versión pública Resolución de 6 de septiembre de 2018

⁵ Pág. 63 versión pública Resolución de 6 de septiembre de 2018

⁶ Pág. 64 versión pública Resolución de 6 de septiembre de 2018

⁷ Pág. 65 versión pública Resolución de 6 de septiembre de 2018

expuesto en la Directiva 2009/72/CE⁸ y 2009/73/CE⁹. Así, en cuanto a los riesgos derivados de la integración vertical, ambas directivas destacan especialmente la necesidad de protección de ciertos consumidores:

“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. Para crear condiciones de igualdad al nivel minorista, por tanto, 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”¹⁰.

Tal objetivo motiva las obligaciones establecidas en los respectivos artículos 26.3 de cada Directiva y que han sido incorporadas a la normativa nacional, cuya eficacia efectiva es objeto de la decisión jurídicamente vinculante.

El hecho de que se señale la necesidad de impedir el posible perjuicio derivado de la integración vertical “especialmente” en relación con los pequeños consumidores domésticos y no domésticos, no excluye al resto de consumidores de protección, por el contrario, se identifica a estos segmentos de consumidores como aquellos para los cuales la aseveración general tiene una mayor relevancia.

En definitiva, la dicción de la decisión jurídicamente vinculante, al particularizar las comunicaciones con el consumidor medio final doméstico, busca asegurar un estándar mínimo de transparencia y claridad que asegure que ese tipo de consumidores puede conocer con certeza la empresa que está efectuando las comunicaciones, pues ese estándar brinda de protección a todo tipo de consumidores.

La CNMC ha seguido este criterio previamente, lo que se señala en la propia decisión jurídicamente vinculante, en la que se indica que esta decisión se ha precedido de informes de la CNMC en los que se identifica la existencia de confusión en la información, presentación e imagen de marca en los grupos integrados y que esos informes incluyeron *“diferentes recomendaciones al comercializador, dirigidas a mejorar la contratación del suministro de gas y electricidad, y en particular para facilitar al consumidor doméstico y pyme, la*

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.

¹⁰ Considerando 26 de la Directiva 2009/72/CE y considerando 25 de la Directiva 2009/73/CE.

identificación de la empresa dentro del grupo integrado que comercializa en el mercado libre¹¹.

Esta interpretación resulta, además, consistente con la que subyace en la decisión jurídicamente vinculante aprobada por la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC con fecha 18 de febrero de 2014, “*Resolución del procedimiento de adopción de una decisión vinculante relativa a las nuevas altas de suministros de gas*”¹², como resultado de un procedimiento derivado de reclamaciones sobre solicitudes de nuevos puntos de suministro de gas natural que ponían de manifiesto problemas vinculados esencialmente a consumidores domésticos¹³.

Así, en esta Resolución de 2014, recordando el tenor literal de la disposición adicional undécima sexto de la Ley 34/1998, se indica que “*en el ejercicio de sus funciones, la CNMC “tomará todas las medidas razonables” para contribuir a lograr ciertos objetivos, y entre ellos (letra h) “contribuir a garantizar un alto nivel de servicio, [y] la protección de los consumidores de energía, especialmente los clientes vulnerables”. (...) El procedimiento tiene por objeto paliar la insuficiencia de información a disposición del consumidor para la elección de suministrador, ya sea libre o de último recurso.*”

Mediante la misma se adoptan medidas de carácter general relacionadas con la disponibilidad de información por parte del consumidor, así como el desarrollo de puntos de atención telefónica diferenciada para la comercializadora libre y la comercializadora de último recurso, sin distinguir por destinatario, por más que las reclamaciones puestas en conocimiento de la entonces Comisión Nacional de Energía (CNE) -y que originaron el procedimiento- estuvieran vinculadas, esencialmente, a consumidores domésticos. De este modo, las obligaciones impuestas no incorporan diferenciación por segmentos de consumidores, ni prevén supuestos particulares **[INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]**

¹¹ Pág. 50 versión pública Resolución de 6 de septiembre de 2018, incluyendo enlaces a informes de supervisión del mercado minorista de gas y electricidad e informes de supervisión de los servicios de atención al cliente.

¹² https://www.cnmc.es/sites/default/files/1589800_10.pdf

¹³ Este procedimiento tuvo su origen en las denuncias del Defensor del Pueblo y de la Dirección General de Industria, Energía y Minas de la Consejería de Hacienda de la Comunidad de Madrid. Entre los problemas señalados, vinculados esencialmente a consumidores domésticos, la comunicación destacó que el número de altas en la modalidad de suministro de último recurso era muy inferior al del precio libre, lo que podría indicar dificultades y/o trabas para la contratación de esta modalidad. Asimismo, señaló la existencia de dificultades para la contratación de nuevas altas de gas con una comercializadora de un grupo empresarial diferente al de la distribuidora que opera en la zona. La principal queja de los denunciante consistía en la falta de soporte físico para poder formular su solicitud de suministro y recibir una respuesta.

Adicionalmente a lo expuesto, la decisión jurídicamente vinculante de 6 de septiembre de 2018 incorpora información que cuantifica los efectos de la confusión en los mercados minoristas de gas natural y electricidad a los consumidores finales (a partir de datos registrados entre 2013 y 2017), especificando que los porcentajes mostrados se incrementan si quedan referidos a los consumidores domésticos¹⁴, lo que demuestra el análisis por parte de la CNMC sobre el conjunto de consumidores y no sobre una categoría concreta.

Como reflejo de lo anterior, en la Resolución sobre las medidas propuestas por las sociedades del GRUPO IBERDROLA para adaptarse a la decisión jurídicamente vinculante, aprobada por la Sala de Supervisión Regulatoria el 23 de mayo de 2019, se resuelve (énfasis añadido): *“Declarar que las propuestas de actuación realizadas por las interesadas IBERDROLA DISTRIBUCIÓN ELÉCTRICA, S.A.U. e IBERDROLA COMERCIALIZACIÓN DE ÚLTIMO RECURSO, S.A.U., a los efectos de cumplir con la medida consistente en no crear confusión en la información que remitan o intercambien con el consumidor medio respecto a la identidad de la filial de su mismo grupo que realice la actividad de comercialización, se ajustarán a las exigencias previstas en la Resolución de la CNMC de 6 de septiembre de 2018 [...]”*.

Por todo lo anterior, no procede la alegación de CURENERGÍA basada en que el objetivo de protección que persiguen las Resoluciones de la CNMC de 6 de septiembre de 2018 y 23 de mayo de 2019 se circunscribe, únicamente, a determinada categoría o segmento de consumidores (consumidor medio final doméstico de electricidad/gas natural, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz) y, en consecuencia, limitar su ámbito subjetivo de aplicación a dicha categoría o segmento.

2. Sobre las medidas propuestas por la comercializadora en el mercado regulado del GRUPO IBERDROLA para cumplir con las obligaciones señaladas en la decisión jurídicamente vinculante y valoradas por la CNMC en su Resolución de 23 de mayo de 2019.

Tal como establece la decisión Jurídicamente Vinculante, la comercializadora en el mercado regulado del GRUPO IBERDROLA, IBERCUR (ahora CURENERGÍA) procedió a comunicar a la CNMC, para su valoración, las propuestas de medidas a implementar para cumplir con las obligaciones señaladas en la misma.

¹⁴ Nota al pie 11 de la Resolución de 6 de septiembre de 2018: *“Téngase en cuenta que los porcentajes mostrados a continuación son aún más elevados si el análisis se referencia a los consumidores domésticos.”* (Pág. 6 versión pública)

En referencia a la decisión jurídicamente vinculante, IBERCUR señalaba entonces en su escrito, respecto de la marca e imagen de marca de las comercializadoras del grupo, que *“la Resolución (advierde que tales similitudes deben eliminarse en todas las comunicaciones con el cliente (webs, apps, facturas, etc.), ...”*, es decir, con referencia al concepto general de cliente.

IBERCUR propuso incluir en todas las comunicaciones con sus clientes, con independencia del canal, la nueva denominación social e imagen de marca, considerando que una vez eliminadas las similitudes en estos elementos, desaparecerá el riesgo de confusión en la información remitida al consumidor. Asimismo, propuso la actualización de la app, web, facturas,... una vez validadas por la CNMC la nueva marca e imagen de marca.

Asimismo, afirmaba que **[INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]**

Esta propuesta de actuación fue valorada favorablemente por la CNMC en su Resolución de 23 de mayo de 2019, en los términos que ya se han señalado, en la medida en que se ajustaba a lo requerido en la decisión jurídicamente vinculante y atendiendo a la propuesta concreta que fue presentada, que afectaba a todos los clientes, **[INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]** sin excepción alguna.

De lo expuesto se deduce que IBERCUR (ahora CURENERGÍA), al proponer medidas para adaptarse a las exigencias de la decisión jurídicamente vinculante, interpretó el objetivo y ámbito subjetivo de aplicación de la misma en sentido amplio, sin excluir a clientes distintos del “consumidor medio final doméstico”.

3. Sobre las disposiciones relativas a la protección del consumidor incorporadas en las Directivas relativas a los mercados interiores de electricidad y gas natural.

Como se ha indicado, tanto la Directiva 2009/72/CE sobre el sector eléctrico como la Directiva 2009/73/CE sobre el sector de gas natural incorporan sendas consideraciones sobre la necesidad de impedir que los gestores de redes de distribución se aprovechen de su integración vertical para fortalecer su posición competitiva, especialmente en relación con los pequeños consumidores domésticos y no domésticos, estableciendo obligaciones de no confusión de marca e información que fueron incorporadas a la legislación nacional y cuya efectividad es objetivo de las Resoluciones de la CNMC de 6 de septiembre de 2018 y 23 de mayo de 2019.

Adicionalmente, abundando en la protección de todos los consumidores y la particularización para colectivos concretos, proceden señalarse otros supuestos recogidos en tal sentido.

De este modo, si bien ambas Directivas establecen objetivos y medidas de

protección que afectan a todos los consumidores y reconocen como su objetivo prioritario los intereses y protección de los mismos, también se destaca la relevancia de ciertos objetivos y/o medidas respecto de categorías concretas de consumidores o consumidores con determinadas características que, en tal caso, se identifican de forma expresa.

Respecto del sector eléctrico, la Directiva 2009/72/CE en su artículo 1, sobre su contenido y ámbito de aplicación, indica que la misma establece *“normas comunes en materia de generación, transporte, distribución y suministro de electricidad, así como normas relativas a la protección de los consumidores,”* reconociendo en su considerando 51 que *“Los intereses de los consumidores deben constituir el núcleo de la presente Directiva”*.

Asimismo, en el artículo 3.7, se menciona esta protección de los clientes finales en general y se particulariza sobre la protección de los vulnerables, refiriendo también la necesidad de un elevado nivel de protección de clientes finales en zonas apartadas y detalla las medidas que, al menos, han de adoptarse en relación a los clientes domésticos.

En cuanto a razones que fundamentan esta Directiva, ciertos considerandos incorporan alusiones explícitas en materia de protección de los consumidores en general¹⁵ y otras motivaciones destacan la necesidad de protección de segmentos concretos, identificando expresamente, en este caso, tal segmento. Así se menciona, entre otros, el derecho a elegir suministrador de los grandes clientes domésticos; las funciones del regulador de energía relacionadas con la protección del consumidor, así como la protección de los clientes vulnerables; el derecho de los sectores industriales o comerciales, incluidas las pequeñas y medianas empresas de beneficiarse de elevados niveles de protección como consumidores o el derecho de los clientes domésticos y, en su caso, de las pequeñas empresas de poder disponer de garantías de servicio público¹⁶.

También en relación con el sector eléctrico, la Directiva (UE) 2019/944 de 5 de junio de 2019¹⁷ mantiene estas consideraciones, objetivos y medidas.

¹⁵ El considerando 37 señala que los reguladores de energía *“deben estar facultados para contribuir a asegurar un alto nivel de servicio público y universal garantizando la apertura del mercado, la protección de los clientes vulnerables y la plena eficacia de las medidas de protección del consumidor”*. El considerando 46 destaca que las normas comunes han de tener *“en cuenta los objetivos comunes de protección de los consumidores, (...)”*. Por su parte, el considerando 54 se refiere a la protección del consumidor y la resolución de conflictos y puede citarse también el ya referido considerando 51.

¹⁶ Considerandos 20, 37, 42, 45 y 53.

¹⁷ Directiva (UE) 2019/944 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de junio de 2019, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y por la que se modifica la Directiva 2012/27/UE deroga la Directiva 2009/72/CE con fecha 1 de enero de 2021.

En cuanto al sector de gas natural, la Directiva 2009/73/CE reproduce el criterio expuesto para el sector eléctrico, siendo, igualmente, el núcleo de la misma los intereses de los consumidores. Así, el artículo 3.3. recoge una disposición general que señala la protección de los clientes finales y la obligación de garantizar un nivel elevado de protección del consumidor, pero también particulariza al referirse a la protección adecuada de los clientes vulnerables y exige la adopción, en particular, de medidas para proteger a los clientes finales de zonas apartadas o la obligación de velar para que los clientes cualificados puedan cambiar fácilmente de suministrador, señalando, en relación con los clientes domésticos, las medidas que, al menos, han de cumplirse.

Igualmente, algunos de sus considerandos particularizan medidas en relación con categorías concretas de consumidores, sin que tal concreción pueda suponer la exclusión de otros grupos de consumidores: los grandes clientes no domésticos deben poder elegir suministrador; todos los consumidores deben beneficiarse de la competencia, en particular, los vulnerables, así como las pequeñas empresas, si el estado miembro lo considera; las medidas de protección del cliente final podrán variar según se dirijan a clientes domésticos o a pequeñas y medianas empresas o el reconocimiento de la facultad del regulador de energía para asegurar tanto la plena eficacia de las medidas de protección el consumidor como la de los vulnerables¹⁸, entre otras.

4. Sobre lo dispuesto en materia de protección al consumidor en la Sentencia de la Audiencia Nacional con ocasión del recurso contencioso-administrativo nº 74/2017 interpuesto por EDP ENERGÍA, S.A.U. contra la Resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC, de 10 de enero de 2017.

La Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional ha resuelto recientemente en materia de protección de consumidores distintos de los domésticos.

En este sentido concluye en su sentencia sobre el recurso contencioso-administrativo núm. 74/2017, interpuesto por EDP ENERGÍA, S.A.U. (en adelante EDP) contra la Resolución del 10 de enero de 2017, de la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC, en la que el regulador consideró incumplida una medida de protección al consumidor recogida en el artículo 4.5 del Real Decreto 1435/2002, de 27 de diciembre, por el que se regulan las condiciones básicas de los contratos de adquisición de energía y de acceso a las redes en baja tensión, concretamente:

¹⁸ Considerandos 17,33, 43 y 47.

“5. Con carácter general, los contratos de suministro de energía en baja tensión celebrados entre los comercializadores y consumidores tendrán una duración máxima de un año, pudiéndose prorrogar tácitamente por períodos de la misma duración. Las prórrogas de estos contratos podrán ser rescindidas por el consumidor con un preaviso de quince días de antelación, sin que proceda cargo alguno en concepto de penalización por rescisión del contrato.

En el caso en que, a causa del consumidor, se rescindiera un contrato antes de iniciada la primera prórroga, las penalizaciones máximas por rescisión de contrato, cuando ésta cause daños al suministrador, no podrán exceder el 5% del precio del contrato por la energía estimada pendiente de suministro. A este efecto, se empleará el método de estimación de medidas vigente para el cambio de suministrador.”

Esta Resolución de la CNMC resulta de una denuncia presentada por una empresa consumidora contra EDP por la aplicación de una penalización por rescisión del contrato de suministro conforme al contrato de suministro.

EDP en su recurso a la misma alega que el principio que rige en la contratación de suministro de energía es el de libertad de pactos, aludiendo al art. 44.1.c) de la Ley del Sector Eléctrico que establece el derecho de los consumidores a tener un contrato con el comercializador que deseen en el cual se ha de especificar, entre otras circunstancias *“la duración del contrato, condiciones para su renovación y las causas de rescisión y resolución de los mismos, así como el procedimiento para realizar una u otras”*.

Así, EDP considera que *“esta libertad de pactos se limita para proteger a los consumidores domésticos, de manera que este es el sentido que habría de darse al citado art. 4.5 del Real Decreto 1435/2002 cuando establece un específico régimen de cambio de suministrador “con carácter general”, lo que implica que admite excepciones. Pero cuando la contratación no se produce con consumidores domésticos sino con empresas con capacidad de negociación frente a la suministradora, rige el principio de libertad de pactos”*.

De este modo EDP considera que el art. 4.5 del Real Decreto 1435/2002 previamente señalado no sería aplicable al caso, en la medida en que las cláusulas de penalización por rescisión del contrato de suministro siempre se han aplicado a los contratos con empresas que no precisan protección especial frente a los consumidores domésticos o pequeñas y medianas empresas necesitados de protección.

EDP añade, además, que el precepto reglamentario no resulta claro, entre otros aspectos, por no definir qué ha de entenderse por consumidor a los efectos del mismo.

A las alegaciones de EDP que gravitan sobre el presupuesto de si el artículo

4.5 del Real Decreto 1435/2002 es o no aplicable a la demandante (empresa consumidora), la Audiencia Nacional rechaza la exclusión de la demandante de la protección derivada de tal norma, en los siguientes términos:

“Pues bien, hemos de comenzar por rechazar que el art. 4.5 del RD 1435/2002 no sea de aplicación a los contratos de suministro de energía a consumidores de EDP que puedan ser considerados como grandes consumidores porque en atención a su capacidad negociadora no precisen norma alguna de protección.

Tal como se refleja en la resolución sancionadora el concepto de consumidor viene definido en el artículo 6.1.g) de la LSE como g) “las personas físicas o jurídicas que adquieren la energía para su propio consumo”, siendo así que cuando la ley se refiere a un conjunto de consumidores identificado por alguna característica específica, lo hace expresamente. Así, la LSE se refiere a consumidores especialmente vulnerables o el propio art. 6.1.g) alude a que “aquellos consumidores que adquieran energía directamente en el mercado de producción se denominarán Consumidores Directos en Mercado. Del mismo modo, el art. 2 del RD delimita su ámbito de aplicación diciendo que “es de aplicación a los consumidores en baja tensión que adquieren su energía a tarifa de suministro o a través de un comercializador, a los distribuidores y a los comercializadores de energía eléctrica como participantes en los procesos necesarios para el suministro de electricidad a dichos consumidores.

Consecuentemente, la demandante estaba comprendida entre los destinatarios de la norma cuyo incumplimiento ha motivado la sanción impugnada.”

Lo señalado en esta Sentencia resulta consistente con el criterio referido sobre la improcedencia de restringir o limitar el ámbito subjetivo de aplicación de las obligaciones recogidas en las Resoluciones de 6 de septiembre de 2018 y 23 de mayo de 2019, cuya finalidad es la protección del consumidor, haciendo efectivas las obligaciones recogidas en los artículos 12.3 de la Ley del Sector Eléctrico y 63.6 de la Ley de Hidrocarburos.

5. Sobre la categoría de clientes afectada por la situación expuesta por CURENERGÍA: [INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]

Respecto de [INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL] se realizan diversas consideraciones relacionadas con los siguientes aspectos: su definición, su grado de conocimiento del mercado eléctrico y los efectos de las medidas previstas en la decisión jurídicamente vinculante.

a) Definición de [INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]

CURENERGÍA integra en el concepto de [INICIO CONFIDENCIAL] [FIN

CONFIDENCIAL] concepto no previsto en la legislación sectorial eléctrica.

La Ley 24/2013 define a los “consumidores” y “consumidores directos” en su artículo 6 en los siguientes términos:

“ (...) g) Los consumidores, que son las personas físicas o jurídicas que adquieren la energía para su propio consumo y para la prestación de servicios de recarga energética de vehículos.

Aquellos consumidores que adquieran energía directamente en el mercado de producción se denominarán Consumidores Directos en Mercado.”

Por otro lado, incorpora referencias a ciertos segmentos concretos de consumidores como son, “pequeño consumidor”, “usuario final que sea persona física”, “consumidor vulnerable”, “consumidor vulnerable severo” o “personas físicas en su vivienda habitual”¹⁹.

La definición de “consumidor vulnerable”, “consumidor vulnerable severo” y “Consumidor en riesgo de exclusión social” se establece en el Real Decreto 897/2017²⁰ y, recientemente, ha sido definido el “consumidor electrointensivo” vinculado a consumidores industriales con un elevado uso de electricidad²¹.

Si bien CURENERGÍA se refiere expresamente al sector eléctrico al referirse al supuesto que afecta a **[INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]** en tanto en cuanto, es también comercializadora de último recurso, se incorpora una breve referencia al sector gasista.

La Ley 34/1998 define en su artículo 58 al “consumidor final”²² haciendo alusión a aquellos que adquieren gas para su consumo propio, así como los “consumidores directos en mercado” y se refiere al “consumidor cualificado”, “consumidor vulnerable”, “consumidores privados sujetos a tarifa” o “consumidores que tengan la condición de esenciales”. El Real Decreto-Ley 15/2018, de 5 de octubre, de medidas urgentes para la transición energética y la protección de los consumidores, establece como beneficiarios del bono social para usos térmicos aquellos consumidores que sean beneficiarios del bono social eléctrico.

¹⁹ Artículos 43.2 , 43.5, puntos 1y 2 del artículo 45 y apartados i), j) y k) del artículo 52.4.

²⁰ Real Decreto 897/2017, de 6 de octubre, por el que se regula la figura del consumidor vulnerable, el bono social y otras medidas de protección para los consumidores domésticos de energía eléctrica.

²¹ Mediante el Real Decreto-Ley 20/2018, de 7 de diciembre, de medidas urgentes para el impulso de la competitividad económica en el sector de la industria y el comercio en España.

²² “e) Los consumidores finales, que son los que adquieren gas para su propio consumo y tendrán derecho a elegir suministrador. En el caso de que accedan directamente a las instalaciones de terceros se denominarán Consumidores Directos en Mercado. Asimismo, tendrán la consideración de consumidor final a los efectos previstos en la presente Ley, las empresas que suministren gas natural, biogás o gases manufacturados para su uso como carburante en estaciones de servicio, siempre que se suministren de un comercializador. (...)”

Adicionalmente a la legislación sectorial, la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, recoge en su artículo 3 el concepto general de consumidor y usuario, en los siguientes términos:

“A efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión.

Son también consumidores a efectos de esta norma las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial.”

Sin embargo, como se ha señalado anteriormente, el concepto de consumidor de la Ley de Consumidores y Usuarios difiere del de consumidor eléctrico, en tanto que en este sector únicamente se tiene en cuenta que la electricidad sea consumida por el sujeto, con independencia de su intervención en una actividad comercial, empresarial o profesional.

En virtud de lo expuesto, se concluye que las distintas categorías de consumidor que pueden definirse según sus características concretas (doméstico, no doméstico, residencial, industrial, comercial, grandes consumidores, pequeños consumidores, empresas, etc....), incluyendo [INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL] responderían a perfiles técnicos y de consumo, pero no quedan definidas expresamente en la legislación nacional.

Por lo tanto, ha de considerarse [INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL] como “consumidor”, según definición de la legislación sectorial, a los efectos de cualquier interpretación de la aplicación de las Resoluciones de 6 de septiembre de 2018 y 23 de mayo de 2019.

b) Grado de conocimiento del mercado eléctrico y sus agentes por parte [INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL] en comparación con el “cliente doméstico” y la consecuente necesidad de un distinto nivel de protección.

CURENERGÍA alega que los denominados [INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL] tienen “un grado de conocimiento del mercado eléctrico (y de las diferencias entre empresas distribuidoras, comercializadoras libres y comercializadoras reguladas) muy superior al del “consumidor medio final doméstico normalmente informado” y no requieren, por tanto, del mismo nivel de protección”, afirmando que su riesgo de confusión es prácticamente inexistente.

Puede apreciarse que dentro del concepto de [INICIO CONFIDENCIAL] [FIN

CONFIDENCIAL] que la propia sociedad ofrece, se integran consumidores de distinta y variada naturaleza: **[INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]**

De esta manera, la clasificación de **[INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]** creada por CURENERGÍA, constituye un grupo heterogéneo y muy amplio, pudiendo disponer sus integrantes, en consecuencia, de niveles de formación distintos, así como de diferentes posibilidades o recursos para acceder a información sobre el sector eléctrico y sus agentes o sobre el sector energético, en general. Llama la atención, por ejemplo, que CURENERGÍA incluya en tal grupo a **[INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]** por lo que no parece justificado presuponerles unos conocimientos en el sector eléctrico distintos de los que poseen los consumidores domésticos.

Por otra parte, CURENERGÍA no explica el motivo por el cual, en su opinión, estos **[INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]** presentan este grado de conocimiento mayor del mercado eléctrico, pero no del mercado gasista, al que no hace referencia alguna, a pesar de ser CURENERGÍA comercializador de último recurso de gas.

La CNMC considera que el hecho de pertenecer a una de las categorías de clientes que CURENERGÍA integra en el concepto de **[INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]** no le otorgaría, de forma inmediata, la condición de consumidor con un elevado nivel de conocimiento sobre el sector eléctrico y los agentes que operan en él, ni siquiera implicaría un nivel homogéneo de conocimiento y posibilidades de acceso a información sobre el sector energético, por más que dentro de tal amplio grupo de consumidores, efectivamente, se integren consumidores altamente informados.

Así, **[INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]** supondría riesgo de confusión para aquellos clientes que no dispongan de ese elevado grado de conocimiento del sector energético que CURENERGÍA presupone para todos ellos. Aquellos con menor nivel de conocimiento podrían entonces ver afectado su derecho a elegir libremente suministrador con garantías, perdiendo eficacia las medidas previstas en la decisión jurídicamente vinculante.

c) Los efectos de las medidas previstas en la decisión jurídicamente vinculante.

CURENERGÍA afirma que desde la implementación por las comercializadoras del GRUPO IBERDROLA de las medidas de protección exigidas por las Resoluciones de la CNMC estos **[INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]**

Entiende esta Comisión que tales efectos son experimentados, en su caso,

por [INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL] no constituyendo, en consecuencia, un elemento sustancial para valorar si la medida resulta o no consistente con las obligaciones exigidas al respecto en las Resoluciones de 6 de septiembre de 2018 y 23 de mayo de 2019 destinadas a la protección del consumidor en su toma de decisión a la hora de elegir comercializador.

Cuarto- Sobre el criterio de la CNMC en cuanto a la implementación de [INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]

Las alternativas propuestas por CURENERGÍA suponen [INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]

Esta Sala considera que [INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]

[INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]

El criterio expuesto resulta ser el establecido por la CNMC con ocasión de planteamientos propuestos por otras competidoras para adaptarse a lo previsto en la Resolución de 6 de septiembre de 2018, [INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]

Por todo cuanto antecede, la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia

ACUERDA

Única. Declarar que las propuestas planteadas por CURENERGÍA COMERCIALIZADOR DE ÚLTIMO RECURSO, S.A.U. [INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL] no se ajustarían a las exigencias previstas en las Resoluciones de la CNMC de 6 de septiembre de 2018 y 23 de mayo de 2019.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Energía y notifíquese a los interesados.

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.