Roj: **SAN 3762/2021** - **ECLI:ES:AN:2021:3762**

Id Cendoj: **28079230042021100375**
Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso**
Sede: **Madrid**
Sección: **4**
Fecha: **14/07/2021**
Nº de Recurso: **862/2018**
Nº de Resolución:
Procedimiento: **Procedimiento ordinario**
Ponente: **IGNACIO DE LA CUEVA ALEU**
Tipo de Resolución: **Sentencia**

A U D I E N C I A N A C I O N A L

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN CUARTA

Núm. de Recurso: 0000862 /2018

Tipo de Recurso: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Núm. Registro General: **06387/2018**

Demandante: **ENDESA DISTRIBUCIÓN ELÉCTRICA S.L.U.,**

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

Codemandado: **VIESGO DISTRIBUCIÓN ELÉCTRICA, S.L., EDP ESPAÑA S.A.U., COMERCIALIZADORA REGULADA GAS AND POWER Y CHC COMERCIALIZADOR DE REFERENCIA S.L.U**

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: **D.** **IGNACIO DE LA CUEVA ALEU**

S E N T E N C I A Nº :

Ilma. Sra. Presidente:

Dª. MARÍA ASUNCIÓN SALVO TAMBO

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. **IGNACIO DE LA CUEVA ALEU**

Dª. CARMEN ALVAREZ THEURER

Dª. ANA MARTÍN VALERO

Madrid, a catorce de julio de dos mil veintiuno.

Vistos los autos del recurso contencioso administrativo **nº** **862/2018** tramitado ante esta Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional que ha promovido la entidad **ENDESA DISTRIBUCIÓN ELÉCTRICA, S.L.U.**, representada por la Procuradora Dª María del Rosario Victoria Bolívar, contra la Resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC), de 6 de septiembre de 2018, por la que se adopta una decisión jurídicamente vinculante relativa al cumplimiento efectivo de la obligación legal por las empresas distribuidoras y comercializadoras de referencia pertenecientes a grupos integrados, de no crear confusión a los consumidores en la información, presentación de marca e imagen de marca.

Siendo demandada la Administración del Estado, representada y defendida el Sr. Abogado del Estado.

FONDO DOCUMENTAL CE

Habiéndose personado como codemandadas **VIESGO DISTRIBUCIÓN ELÉCTRICA, S.L. y VIESGO COMERCIALIZADORA DE REFERENCIA,** representadas por la Procuradora Sra. Gutiérrez Aceves **, EDP ESPAÑA S.A.U.,** representada por la Procuradora Sra. Uceda Blasco **, COMERCIALIZADORA REGULADA GAS AND POWER** representada por la Procuradora Sra. Llorens Pardo **y CHC COMERCIALIZADOR DE REFERENCIA S.L.U.** representada por el Procuradora Sr. Freixa Iruela.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Co n fecha 11 de octubre de 2018 se interpuso recurso-contencioso administrativo contra la resolución antes mencionada, que fue admitido a trámite mediante Decreto de fecha 11 de octubre de 2018.

SEGUNDO.- Reclamado el expediente se le dio traslado para que formalizara la demanda, lo que hizo en tiempo y forma en fecha 22 de marzo de 2019; y en ella realizó una exposición fáctica y la alegación de los preceptos legales que estimó aplicables, concretando su petición en el suplico de la misma, en el que literalmente dijo:

*&q uot; **...** previos los trámites que correspondan, dicte sentencia por la que, estimando el presente recurso:*

1. Declare que 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", aprobada por la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en su sesión del día 6 de septiembre de 2018, no es conforme a Derecho y la anule.

2. Reconozca el derecho de mi representada a ser indemnizada de los daños y perjuicios, con los correspondientes intereses legales, que se la han seguido de la eficacia de la Resolución declarada inválida, que habrán de cuantificarse en ejecución de Sentencia con arreglo a las bases de cálculo establecidas en el Fundamento Jurídico Octavo de la presente demanda.

3. Condene a la Administración demandada al abono a mi representada de los importes a los que se refiere el número 2 anterior.

4. Condene en costas a la Administración demandada. "

TERCERO. La Abogacía del Estado contestó a la demanda mediante escrito presentado el 17 de mayo de 2919, en el cual, tras alegar los hechos y los fundamentos jurídicos que estimó aplicables, terminó suplicando la desestimación íntegra del recurso.

CUARTO.- Precluidos los codemandados en el trámite de contestación a la demanda, se dictó Auto recibiendo el procedimiento a prueba practicándose la que fue admitida.

QUINTO.- Seguido el trámite de conclusiones; mediante Providencia se señaló para votación y fallo el día 7 de julio de 2021 en que efectivamente se deliberó y votó.

QUINTO.- . La cuantía del recurso se ha fijado en indeterminada

Siendo Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. **IGNACIO DE LA CUEVA ALEU**, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La aquí recurrente, ENDESA DISTRIBUCIÓN ELÉCTRICA, S.L.U, impugna la Resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC), de 6 de septiembre de 2018, por la que se adopta una decisión jurídicamente vinculante relativa al cumplimiento efectivo de la obligación legal por las empresas distribuidoras y comercializadoras de referencia pertenecientes a grupos integrados, de no crear confusión a los consumidores en la información, presentación de marca e imagen de marca.

Esta hace efectiva la previsión establecida en el artículo 12.3 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico (en adelante LSE). En él se establece la obligación de que las empresas distribuidoras y las empresas comercializadoras de referencia (CUR) 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 (en adelante LSH) 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.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

La obligación del distribuidor de gas natural y de electricidad de no crear confusión en su información y en la presentación e imagen de marca, respecto a la identidad de la filial comercializadora perteneciente al grupo integrado verticalmente, procede de la normativa europea (artículos 26.3 de la Directiva 2009/72/CE 1 y de la Directiva 2009/73/CE2, respectivamente) y fue objeto de transposición al derecho español mediante los artículos 1.5 y 2.10 respectivamente del 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 que modificaron la entonces vigente Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico y la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos.

SEGUNDO.- La resolución impugnada (la Decisión) puso fin a un procedimiento iniciado como consecuencia de la constatación por la CNMC, en el ejercicio de la función supervisora de los mercados de electricidad y de gas natural que le es propia, de que persiste la confusión entre los consumidores en la diferenciación entre el suministro en el mercado libre, el suministro de último recurso/precio voluntario para el pequeño consumidor y la actividad de distribución de gas y electricidad.

La existencia de confusión la evidenciaría el primer Panel de Hogares realizado por la CNMC en 2014, el estudio del Consejo de Reguladores Europeos de Energía sobre el grado e implantación de las obligaciones incluidas en las Directivas europeas relativas a la separación de actividades de los distribuidores de gas y electricidad integrados verticalmente; el Informe de supervisión de las ofertas del mercado minorista de gas y electricidad recogidas en el comparador de ofertas de la CNMC; la Resolución de 18 de febrero de 2016 de la CNMC (S/DC/0515/14 Comercializadoras electricidad), en la cual se constató la falta de identificación clara frente al consumidor de electricidad entre el comercializador de referencia y el comercializador libre, en la información proporcionada sobre el Precio Voluntario del Pequeño Consumidor (PVPC) en la página web de los cinco principales grupos empresariales verticalmente integrados.

Por otra parte, la CNMC recibió denuncias de distintas Asociaciones de Consumidores en relación con la existencia de confusión en la información y presentación de marca por parte de los grupos integrados de gas y electricidad.

Según se afirma en la resolución impugnada, los efectos de la confusión en los mercados minoristas de gas natural y electricidad a los consumidores finales están presentes en los resultados recientes, en el periodo comprendido entre 2013 y 2017, registrados en ambos mercados, y que son los siguientes:

1. Una elevada concentración en los mercados de suministro de electricidad y de gas natural de 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.

TERCERO.- *Ca ducidad del expediente*. La demandante alega en primer término que el procedimiento al que puso fin la resolución impugnada habría caducado, pues, aun cuando se dictó dentro del plazo previsto una vez que éste había sido ampliado, sostiene que el acuerdo de ampliación de dicho plazo es inválido por no respetar las exigencias previstas en el art. el art. 23.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC), para las resoluciones de esta naturaleza.

Más en concreto, se sostiene que el acuerdo de ampliación *"no contiene ni una sola referencia ni a los medios personales y materiales disponibles para el cumplimiento del plazo de tres meses, ni a su habilitación ni a su insuficiencia. Por el contrario, el Acuerdo se limita a indicar las causas por las que la CNMC considera necesario ampliar el plazo inicial de tres meses, pero sin acreditar -y ni siquiera alegar- que previamente se ha intentado el cumplimiento del plazo mediante la habilitación de medios y que tal intento no ha resultado fructífero. La CNMC no ha levantado, pues, la carga de acreditar la concurrencia del presupuesto fáctico al que el artículo 23.1 de la LPAC condiciona la legitimidad de la ampliación del plazo (que se han agotado los medios personales y materiales disponibles), lo que da lugar a la invalidez de tal ampliación y, por ende, a la caducidad del procedimiento"*.

Con certeza la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha sido singularmente rigurosa al exigir que los acuerdos por los que se amplía el plazo máximo de resolución de los expedientes estén especialmente motivados con relación a los hechos específicamente concurrentes en casa supuesto, siendo muestra de ello las SSTS invocadas en el escrito de demanda. Estas SSTS tienen como denominador común que estando referidas a supuestos en los que habían de resolverse números expedientes (con frecuencia de deslinde), el acuerdo de ampliación de plazos no singularizaba el número de ellos a fin de justificar la ampliación del plazo para su

resolución o no se refería al agotamiento de los medios materiales y personales allegados para resolverlos en plazo, o, finalmente, la motivación era estereotipada.

Ahora bien, la STS 16 de noviembre de 2020 (rec. 5250/2019), en relación con los preceptos equivalentes de la Ley 30/1992, recuerda que:

"e n relación, con la previsión contenida en el art. 42.6 de la Ley 30/1992 ya señaló que esa ampliación de plazos, a la vista del precepto, puede producirse legítimamente tanto en casos de elevado número de afectados como, según razona la Administración, en los de simple complejidad objetiva de la tramitación. La interpretación contraria privaría de sentido y eficacia a la norma y carecería de lógica, pues el recurso a la ampliación de plazos podía producirse en procedimientos de tramitación sencilla siempre y cuando hubiera un relativo número de solicitudes o de afectados, y no al revés, esto es, en todos aquellos otros en los que existiera una gran complejidad de tramitación".

CUARTO.- En el presente supuesto, si bien el número de interesados puede no ser muy numeroso en términos absolutos, sí era relevante en términos cualitativos. Lo decisivo era la naturaleza del asunto a resolver, en la medida en que los interesados concernidos tenían una posición diferenciada en relación con la decisión a adoptar, y que la cuestión revestía una complejidad intrínseca -particularmente la necesidad de adoptar un criterio de decisión luego individualizable para cada uno de los interesados-, lo cual hacía preciso el empleo de más tiempo. Ya hemos visto como el Tribunal Supremo no encorseta la corrección jurídica de la ampliación de plazo a los supuestos de un gran número de expedientes o de interesados, sino que admite que la justificación de la ampliación venga del lado de la complejidad, sin acompañamiento de un elevado número de interesados. Esta consideración explica, a juicio de la Sala, que no siempre sea precisa -y desde luego no presupuesto obligado de la ampliación de plazos- la acumulación de medios materiales y humanos adicionales *ex* art. 23.5 LPAC. Es más, en ocasiones será más conveniente para una acertada decisión que la resolución de los expedientes se realice " *pormenos cabezas"* pero con más tiempo, tal como sucede cuando es la complejidad del asunto lo que justifica la controvertida ampliación del plazo más que un elevado número de expedientes reiterativos.

Si bien se mira, el propio tenor literal del art. 23.5 LPAC alude al número de solicitudes, pero no al número de personas afectadas, pues de ser así el precepto hubiera empleado la expresión "o [de] las personas afectadas" o la dicción "o personas afectadas". Sin embargo, en la expresión actual del precepto el vocablo " *número"* concuerda únicamente con " *solicitudes"* y no con " *personas"*. Se alude así a dos criterios diferenciados: i) el del número de solicitudes; y ii) el de las personas. Este último criterio no está referido necesariamente a su número, por lo cual caber albergar en él también sus condiciones o cualidades de toda índole.

Pues bien, esto es lo que sucedió en el asunto sometido a nuestra consideración, tal como expresa el acuerdo de ampliación en su fundamentación jurídica, según la cual:

"E n el contexto del presente expediente así como en relación con el plazo para resolver, es necesario poner en relieve que el número de interesados es elevado (ocho comercializadoras de referencia, cinco distribuidoras de electricidad y doce filiales de la matriz Nedgia, S.A., que distribuyen gas natural, todas ellas pertenecientes a grupos integrados); que el análisis del estado de situación para cada interesado, sobre su grado de cumplimiento efectivo de la obligación legal establecida en el artículo 12.3 de la Ley 24/2013 y del artículo 63.6 de la Ley del Sector de Hidrocarburos , arroja resultados diversos entre agentes y, por último, que tal y como se previó en el Acuerdo de inicio, con la finalidad de dar una mayor seguridad jurídica a los interesados, se pretende efectuar un trámite de audiencia de la propuesta de resolución de dicho expediente".

La resolución de ampliación de plazos se ancla, por tanto, en una acreditada y no discutida complejidad de la resolución a adoptar, precedida por la constatación en la propia resolución de ampliaciones de plazo de que tal ampliación había sido instada por distintas empresas interesadas, entre las que se encontraba la actora. Ello vendría a corroborar la complejidad del asunto a resolver en la medida en que no afectaba sólo a la empresa que pedía la ampliación, sino al conjunto de todas ellas.

En tal sentido, cumple recordar que a STS ya citada afirmó igualmente que:

"en principio, la complejidad de un expediente se proyecta sobre todas las partes intervinientes" (ibidem).

QUINTO.- *Pretendido carácter normativo de la Decisión.* En un segundo motivo de impugnación, la demandante sostiene que la Decisión aprobada por la Resolución impugnada tiene naturaleza de norma reglamentaria, lo que da lugar a su invalidez por incompetencia de la CNMC para su aprobación. Más en concreto, se aduce que el apartado primero de su parte dispositiva (págs. 64 a 66) reviste carácter reglamentario en cuanto establece criterios y obligaciones de carácter general aplicables a las empresas distribuidoras de gas natural y electricidad (en el caso de éstas, aquéllas 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 electricidad y gas natural en mercado libre. Por el contrario, los apartados siguientes aplican tales criterios y obligaciones a las concretas empresas, esto es, tienen naturaleza de acto administrativo.

Señala que a la conclusión del carácter reglamentario aludido se llega a través: i) del criterio de la consunción, pues las medidas adoptadas en el apartado primero son susceptibles de una pluralidad indefinida de actos aplicativos y no se agotan en la aplicación que de ellos se ha efectuado en la propia resolución; ii) del criterio de los destinatarios de la Decisión, en cuanto que no se dirige sólo a las empresas interesadas en el expediente, sino a cualesquiera que ahora o en el futuro reúnan las condiciones establecidas en la Decisión; iii) del criterio del contenido de la Decisión, que no se limitaría a declarar la situación jurídica de los interesados sino que explicita criterios generales y abstractos de aplicación que luego materializa respecto de los interesados en el expediente.

Por el contrario, el Abogado del Estado sostiene que la Decisión tiene carácter de acto administrativo y no de norma porque: i) va dirigido a unos sujetos individualizados por referencia al cumplimiento de ciertas condiciones, pero identificados nominalmente en la parte dispositiva; ii) no innova el Ordenamiento jurídico, sino que da cumplimiento a un mandato legal contenido en el art. 12.3 LSE de evitar la confusión en uso de las atribuciones que la CNMC tiene legalmente reconocidas.

SEXTO.- La Sala no comparte el reproche formulado en la demanda, por cuanto no aprecia que la Decisión incorporada a la resolución impugnada constituya una norma jurídica si se atiende a la naturaleza de sus determinaciones más que a su estructura formal.

En efecto, no está en cuestión que la CNMC tiene competencia para dictar una Decisión vinculante para hacer cumplir el mandato establecido en los arts. 12.3 LSE y 63.6 LSH, según los cuales:

"L as 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" (art. 12.3 LSE).

"L as 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" (a rt. 63.6 LSH).

Tal mandato deriva directamente de 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, en las que se prevé que las autoridades reguladoras puedan *"promulgar decisiones vinculantes"* para cumplir, entre otras, con las obligaciones impuestas por el artículo 3 de ambas Directivas de protección del cliente final. Tal como señala el Abogado del Estado, en consonancia con lo anterior, el preámbulo del Real Decreto-Ley 13/2012, de 30 de marzo, por el que se trasponen al derecho español las referidas Directivas, reconoce que, entre las medidas que puede adoptar el organismo regulador en ejercicio de las competencias atribuidas, se encuentra la de dirigir decisiones jurídicamente vinculantes a las empresas, que estarán obligadas a su cumplimiento.

Por lo demás, el apartado sexto de la disposición adicional undécima de la Ley 34/1998, (declarada expresamente en vigor por la disposición derogatoria b) de la Ley 3/2013, de 4 de junio), dispone que la CNMC puede adoptar medidas para la consecución de ciertos objetivos, en particular: 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"*

SÉPTIMO.- Lo que está en cuestión es, por tanto, si al ejercitar esta competencia, la CNMC se ha excedido en sus atribuciones y ha dictado una disposición general, que es lo que afirma la demandante. El apartado tercero del acuerdo primero de la Decisión dispone:

"L as 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 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".

Pues bien, no puede decirse que la Decisión controvertida contenga una norma en el apartado primero de su parte dispositiva, sino que en él se exponen los criterios empleados para, a la vista de las circunstancias de los distintos interesados, apreciar si existe o no la confusión en la presentación de marca, en la imagen de marca y en la información facilitada que las normas transcritas prohíben. Estas determinaciones, más allá de su colocación sistemática, no innovan el Ordenamiento jurídico incorporando una ordenación general aplicable *pro futuro* en desarrollo de la prohibición de generar confusión, sino que exteriorizan los criterios conforme a los cuales se ha decidido el caso concreto de cada uno de los interesados. Obviamente, se han seguido criterios homogéneos que en cada caso concreto han dado lugar a una específica decisión.

Por lo tanto, lejos de haber actuado de modo censurable -en pretendido exceso de atribuciones-, la CNMC ha exteriorizado con cierta abstracción los supuestos en los cuales considera que la confusión prohibida se produce efectivamente, proporcionando así criterios de aplicación de la legalidad iguales para todos los sujetos interesados, así como previsibles para los eventuales destinatarios en casos similares. Pero la expresión de los criterios empleados no altera la naturaleza de la decisión concretamente adoptada respecto de cada una de las empresas concernidas.

Consecuentemente, parafraseando lo afirmado en las SSTS de 5 de abril y 19 de octubre de 2018 (recs. 154/2016 y 3000/2016) para un supuesto de significación análoga, 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 prohibición de confusión 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. Cabe afirmar, por ello, que cuando la CNMC aprobó la Decisión vinculante actuó en cumplimiento de las obligaciones que tiene normativamente encomendadas y que, además, lo hizo respetando los márgenes competenciales previstos en dichas normas y de acuerdo con la finalidad de éstas.

OCTAVO.- Se aduce en tercer lugar que la Decisión extiende la prohibición de confusión relativa a la presentación de la marca a un elemento distinto como es la denominación social, elemento que no se contempla en el art. 12.3 LSE como alcanzado por la prohibición de causar confusión. Así se derivaría, según la demanda, del hecho de que el núm. 1º del apartado Primero de la parte dispositiva de la Resolución recurrida, tras recoger la obligación de las empresas de no crear confusión en la presentación de marca, establezca que:

"E sta 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."

Tras recoger la regulación de las restricciones que en la Ley de Sociedades de Capital y en el Reglamento del Registro Mercantil se contienen respecto a la elección de la denominación social, la demandante afirma que la Decisión amplía el elenco de restricciones al principio de libertad de denominación social mediante la adición, en relación con las sociedades distribuidoras y con las COR, de la prohibición de que su denominación social incluya una referencia al grupo en el que se integran cuando tal referencia se contenga igualmente en la denominación social de la comercializadora en el mercado libre del mismo grupo.

NOVENO.- Hemos de rechazar primeramente que las restricciones o limitaciones para la elección de la denominación social únicamente puedan venir impuestas por la regulación general de las sociedades de capital y del Registro Mercantil. Resulta patente que la normativa sectorial reguladora de un determinado sector de actividad económica o de otra índole puede imponer restricciones al respecto sin que por ello se quiebre la aplicación del régimen general, el cual continuará desplegando sus efectos de modo adicional a las limitaciones previstas en la norma sectorial. De manera que la cuestión se desplaza a la restricción en sí misma considerada y a su ajuste con otras determinaciones o con normas o principios a los que deba someterse.

De otra parte, conviene advertir que con frecuencia las categorías que se emplean en el Derecho de la Unión no tienen un equivalente preciso y unívoco en el derecho interno, sino una significación propia, circunstancia que es bien acusada en el caso de las Directivas, en las cuales se impone a los Estados la obligación de alcanzar un resultado, pero dejándo libertad para escoger el instrumento jurídico a través del cual conseguirlo. De ahí

que con igual frecuencia las normas europeas incorporen una definición del término del que se van a servir para regular la materia concreta, aun cuando no haya sucedido esto en el supuesto que nos ocupa.

En el presente caso, la Sala considera que no es acertado servirse del concepto de denominación social para situarlo extramuros del concepto de presentación de marca como algo radicalmente separado en este concreto ámbito. Compartimos por ello el enfoque de la Abogada del Estado, que pone el énfasis en que la utilización del término ENDESA en la denominación social de las sociedades del Grupo Endesa aglutina la imagen que se proyecta *ad extra* por el conjunto de las entidades del grupo dedicadas a las distintas actividades del sector eléctrico.

De modo que lo relevante es que esta utilización del término ENDESA en las denominaciones sociales de las empresas que, en razón de su actividad, se ven alcanzadas con las exigencias de diferenciación por parte de los consumidores para su propia protección y para la preservación de la competencia, sin otros elementos que ayuden a diferenciar la actividad que se desarrolla cada una, generan la imagen unitaria de todas ellas y, en definitiva, crean la confusión propia de la indiferenciación sobre de la actividad que desarrollan.

DÉCIMO.- Forzoso es reconocer la habilidad de la demanda para, con su enfoque inicial, tratar de encasillar nuestro enjuiciamiento respecto de las cuestiones ahora tratadas como si de una norma se tratase, condición que ya hemos rechazado, siendo así que lo relevante es la confusión que aprecia en cada una de las empresas y la obligación que impone la Decisión de revertir tal confusión. De hecho, la demanda se desentiende de lo que verdaderamente importa, esto es, de la parte auténticamente resolutoria de la Decisión sobre este aspecto, según la cual:

"ENDESA DISTRIBUCIÓN ELÉCTRICA, S.L.U. deberá introducir medidas que eviten crear confusión, de acuerdo con lo establecido en el artículo 12.3 LSE :

a) En la presentación de marca.

La denominación social de la distribuidora "ENDESA DISTRIBUCIÓN ELÉCTRICA, S.L.U." y de la comercializadora libre perteneciente al grupo "ENDESA ENERGÍA, S.A.U." incluyen el nombre del grupo Endesa. Dicha denominación social supone que el cliente puede identificar la actividad que desempeña la distribuidora eléctrica, pero confunde, al asociar, relacionar o identificar la marca de ambas sociedades pertenecientes al mismo grupo empresarial.

b) En la imagen de marca.

Los logotipos de ENDESA DISTRIBUCIÓN ELÉCTRICA, S.L.U y de ENDESA ENERGÍA, S.A.U. muestran elementos comunes (símbolos, palabras y colores) que crean confusión en la imagen de marca con el cliente final. El que se añada "Distribución" en el logotipo de "ENDESA DISTRIBUCIÓN ELÉCTRICA, S.L.U"- con un tamaño de letra significativamente menor al del nombre del grupo-, no es un elemento suficiente para que, en conjunto, teniendo en cuenta todos los elementos que constituyen su imagen de marca, no cree confusión al consumidor final con la imagen de marca de la comercializadora libre del grupo. Ello puede apreciarse comparando los logos de ambas sociedades.

Puede observare que en ella se obliga a evitar la confusión que se deriva de la referencia a Endesa en la denominación social de la distribuidora y en la de la comercializadora libre del mismo grupo. Ahora bien, la Decisión no sitúa la confusión al consumidor únicamente en la referencia a Endesa en ambas denominaciones sociales, sino también en la ausencia de cualquier otro elemento adicional que permita diferenciar la distribuidora de la comercializadora que opera en el mercado libre, razón por la cual la Decisión no obliga a que la confusión se desvanezca suprimiendo la referencia a Endesa, sino de cualquier modo que sea idóneo a tal fin.

Estos mismos razonamientos conducen a rechazar la impugnación que por motivos semejantes se realiza en relación con la utilización de la imagen de marca por las sociedades distribuidoras y por la comercializadora que cree confusión con la identidad de las filiales del mismo grupo que realicen actividad de comercialización. En efecto, nada impide que la aplicación de la normativa sectorial que exige evitar la confusión lleve consigo limitaciones adicionales a las impuestas por la regulación societaria general, sin que por ello se invadan competencias de la Oficina Española de Patentes y Marcas, las cuales permanecen incólumes por desenvolverse en ámbitos distintos.

Por lo demás, nuevamente la impugnación se desentiende de la concreta confusión apreciada en la imagen de marca que, en definitiva, no niega.

UNDÉCIMO.- Alega también la actora que aun cuando la Decisión recurrida se sustenta en la existencia de confusión entre los consumidores que generaría un efecto anticompetitivo, lo cierto es que la CNMC no ha demostrado la existencia de confusión entre los consumidores en la diferenciación entre el suministro

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

de mercado libre, el suministro por los COR (PVPC) y la actividad de distribución. Como tampoco habría demostrado que se haya producido una situación anticompetitiva, ni mucho menos que exista relación de causalidad entre unas y otras, sino que sostiene que la situación anticompetitiva tiene explicaciones alternativas que expone sirviéndose de la prueba pericial propuesta, admitida y practicada.

La respuesta a este motivo de impugnación requiere precisar el enfoque con el que ha de abordarse. La Decisión impugnada exige de la demandante que evite determinada confusión que se aprecia en la presentación de marca, la imagen de marca y la información facilitada a fin de respetar una determinación legal de prohibición de confusión en el mercado entre las empresas distribuidoras, las comercializadoras de referencia y las comercializadoras en el mercado libre.

No cabe duda de que esta prohibición de confusión trata de proteger a los consumidores de energía y de preservar una adecuada competencia entre las empresas -no sólo en beneficio de los consumidores- cuando estas actividades se desarrollan por empresas verticalmente integradas. Ahora bien, sin desconocer que la finalidad a la que responde el establecimiento de la prohibición no es ajena al momento aplicativo de la misma, es lo cierto que la vulneración de la prohibición de confusión no exige, como elemento estructural de su contravención, que se produzca un efecto anticompetitivo, sino que basta con que se produzca la confusión. No cabe duda de que la confusión de la que tratamos perjudica la competencia empresarial y, de modo reflejo, también a los consumidores, pero la prohibición se sitúa cronológicamente antes de este efecto anticompetitivo, bastando con que se genere la confusión para que el consumidor resulte perjudicado. Y es que la prohibición de confusión, en sí misma considerada, tutela a los consumidores y su capacidad de elección cabal.

DUODÉCIMO.- Con este enfoque, la Sala entiende plenamente acreditada la confusión que en la presentación de la marca, de la imagen de marca y de la información facilitada ha apreciado la Decisión controvertida. En efecto, tal afirmación se sustenta en apreciaciones inmediatamente verificables con los sentidos, cuales son que:

a) La denominación social de la distribuidora "ENDESA DISTRIBUCIÓN ELÉCTRICA, S.L.U." y de la comercializadora libre perteneciente al grupo "ENDESA ENERGÍA, S.A.U." incluyen el nombre del grupo Endesa, lo cual permite que el cliente pueda identificar la actividad que desempeña la distribuidora eléctrica, pero confunde, al asociar, relacionar o identificar la marca de ambas sociedades pertenecientes al mismo grupo empresarial.

b) Los logotipos de ENDESA DISTRIBUCIÓN ELÉCTRICA, S.L.U y de ENDESA ENERGÍA, S.A.U. es el mismo, con el mismo tipo de letra redondeada y característica, así como el color, lo cual tampoco permite la diferenciación entre comercializadora y distribuidora. Esta apreciación no se desvanece por el hecho de que en el logotipo de la distribuidora se añada en letra comparativamente muy pequeña y, desde luego, en composición radicalmente secundaria, la expresión "Distribución".

c) En cambio, la distribuidora del grupo Endesa tiene una página web independiente (http://www.endesadistribucion.es/) del comercializador libre del grupo Endesa (https://www.endesaclientes.com/), y la búsqueda en internet de la distribuidora arroja como resultado su página web con sus elementos indentificativos correctos.

Se concluye en la resolución, y lo acepta la Sala, que la confusión derivaría de la confusión en el logotipo y en la denominación social de ambas sociedades. De modo que si se desvanecía la confusión en la marca e imagen de marca de la distribuidora y de la comercializadora, no habría confusión en la información que facilita la web de la distribuidora.

DECIMOTERCERO.- La Sala considera también que, tal como se esgrime en la resolución y en la contestación a la demanda, existen datos adicionales que corroboran la anterior apreciación de confusión, aunque no todos los que la Administración considera tienen tal significación. En tal sentido, consideramos especialmente significativo:

- El informe del Consejo de Reguladores Europeos de Energía (CEER) publicado en abril de 2016, sobre el grado de implantación de las obligaciones incluidas en las Directivas europeas relativas a la separación de actividad de los distribuidores de gas y electricidad integrados verticalmente, en el cual se incluye a España entre los países con mayor número de empresas que incumplen la obligación de no crear confusión en la imagen de marca e identidad corporativa de los grupos integrados verticalmente.

- El resultado del Primer panel de Hogares elaborado por la CNMC en 2014, el cual reveló que más de la mitad de los hogares desconocían las diferencias entre comercializador y distribuidor de energía y ocho de cada diez hogares no son capaces de distinguir entre el suministro en el mercado libre y el suministro de último recurso

- El Informe de supervisión de las ofertas del mercado minorista de gas y electricidad recogidas en el comparador de ofertas de la CNMC, de 8 de enero de 2015.

Por el contrario, no atribuimos fuerza de convicción a los efectos que aquí interesan a la tramitación de procedimientos sancionadores seguidos frente a empresas del grupo por conductas prohibidas en materia de Defensa de la Competencia en la medida en que, sin perjuicio del reproche que puedan merecer las concretas conductas, no dejan de estar referidas al desarrollo de la actividad de comercialización más que al marco en el que esta se desenvuelve.

DÉCIMOCUARTO.- Denuncia la actora que la prohibición de utilización de la marca en los términos en los que se ha impuesto en la Decisión, suponen la expropiación de la marca misma al margen de cualquier procedimiento previsto en la Ley de Expropiación Forzosa y sin que concurran los presupuestos de existencia de utilidad pública o interés social e indemnización correspondiente.

Sin embargo, ni la Decisión jurídicamente vinculante incorpora un pronunciamiento directamente expropiatorio de derecho alguno, ni cabe apreciar que se produzca tal efecto en su aplicación práctica. La Decisión se limita a exigir el cumplimiento de la determinación impuesta por el Derecho europeo y traspuesta a nuestro Ordenamiento interno por considerar que la confusión se produce efectivamente, pero no impone un concreto medio para eliminar la tan reiterada confusión que aprecia, sino que deja las empresas concernidas el modo en el que deberán neutralizar el incumplimiento que se considera producido.

Este mismo argumento conduce al rechazo de la pretendida vulneración del principio de proporcionalidad por las medidas adoptadas, toda vez que, reiterémoslo, la Decisión no impone medidas concretas a adoptar para restablecer el orden legal vulnerado por las empresas concernidas, sino que constata la vulneración de la prohibición de confusión, dejando libertad a cada una de ellas para la adopción de las medidas necesarias para respetar la prohibición de confusión.

Por lo demás, la obligación de adoptar medidas a fin de acomodarlas a la prohibición de confusión se somete un plazo prudencial y deja fuera de su ámbito aspectos no comprometidos como la identificación de marca de las empresas interesadas en ubicaciones rótulos de instalaciones, vehículos, uniformes de sus trabajadores, edificios, arquetas, etc, por cuanto que *"no estarán afectadas por la obligación de diferenciación en tanto dichos elementos no intervengan en su relación directa con el cliente"*.

En definitiva, las medidas a adoptar se dejan a criterio de las empresas, se someten a un plazo razonable para su adopción y se limitan a lo estrictamente necesario, respetando así las exigencias del principio de proporcionalidad. Esto es, la obligación impuesta es idónea, es necesaria para el cumplimiento del fin al que se orienta la norma y es proporcional en sentido estricto, toda vez que se derivan más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o intereses en conflicto (por todas STC 45/2018, de 26 de abril, FJ 4).

DÉCIMOQUINTO.- En materia de costas, a tenor de lo dispuesto en el art. 139.1 LJCA, la desestimación íntegra de la demanda lleva consigo la condena en costas a la parte actora.

Vistos los preceptos ya citados, así como los de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

DESESTIMAMOS el recurso contencioso-administrativo **núm. 862/2018**, interpuesto por la Procuradora doña María del Rosario Victoria Bolívar, en nombre de **ENDESA DISTRIBUCIÓN ELÉCTRICA S.L.U**., contra Resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, de 6 de septiembre de 2018, por la que se adopta una decisión jurídicamente vinculante relativa al cumplimiento efectivo de la obligación legal por las empresas distribuidoras y comercializadoras de referencia pertenecientes a grupos integrados, de no crear confusión a los consumidores en la información, presentación de marca e imagen de marca.

CONDENAMOS a la demandante al pago de las **COSTAS PROCESALES**.

La presente sentencia es susceptible de recurso de casación que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el día siguiente al de su **no**tificación; en el escrito de preparación del recurso deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2 de la Ley de la Jurisdicción justificando el interés casacional objetivo que presenta.

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

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