

**Voto particular que formula la Magistrada doña Adela Asua Batarrita a la Sentencia dictada en el recurso de inconstitucionalidad núm. 1908-2014.**

1. Pese a haber sido Ponente de esta Sentencia, en la que se recoge la posición sustentada por la mayoría del Tribunal, debo manifestar, acogiéndome a la facultad establecida en el art. 90.2 LOTC, mi respetuosa discrepancia con una parte de la misma, y por ello con el Fallo, en atención a las razones que defendí durante su deliberación en el Pleno y que paso a exponer a continuación.

2. Discrepo exclusivamente del fundamento jurídico 10 en el que se analiza el art. 43.5 LSE y se llega a una interpretación de conformidad con el orden constitucional de distribución de competencias que se traslada también al fallo.

El citado precepto establece un procedimiento específico por razón de la materia de energía eléctrica, encaminado a resolver las controversias entre los usuarios finales que sean personas físicas y las empresas suministradoras, siempre y cuando se cumplan dos condiciones: la primera, que la controversia afecte a sus específicos derechos como usuarios finales, lo que incluye todos los previstos en la LSE; y la segunda, que la controversia esté regulada por la normativa referente a la protección específica de los usuarios finales de energía eléctrica. Este art. 43.5 trae causa de la previsión contemplada en la Directiva 2009/72/CE, de 13 de julio, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad, en su art. 3, en relación con el Anexo I que contempla la necesidad de establecer un mecanismo específico de protección de los usuarios de energía eléctrica. Previsión cuya obligación de trasposición al ordenamiento español se lleva a cabo precisamente mediante el referido art. 43.5 LSE.

El objeto de la discusión no era aquí la competencia estatal para regular este mecanismo en términos de su establecimiento general, sino algo mucho más concreto, determinar a qué instancia territorial corresponde aplicarlo una vez que ha sido establecido por el Estado.

Frente a la impugnación de la Generalitat de Cataluña que reclama su competencia en este punto, la Sentencia de la mayoría defiende que tanto el Estado como las Comunidades Autónomas ostentan competencias ejecutivas al respecto, y desestima la queja acudiendo a una interpretación conforme del art. 43.5 basada en dos consideraciones: a) no puede excluirse de plano la aplicación de este mecanismo a controversias que incidan en el correcto

funcionamiento del sistema eléctrico en su conjunto dado el principio de red única del sistema eléctrico, lo que trasciende del ámbito autonómico y afectaría por tanto al régimen económico del sector; y b) la atribución a un órgano estatal de esta función se hace “sin perjuicio de las competencias del resto de Administraciones Públicas”.

3. Ninguna de las dos razones me resulta convincente a la hora de excluir la vulneración competencial que se denunciaba, pues lo que ha sucedido aquí es que el Estado no solo ha regulado el referido mecanismo de protección reforzada de los consumidores finales, con especial atención a los consumidores vulnerables, sino que al hacerlo ha asumido igualmente la responsabilidad de su aplicación, atribuyéndose facultades ejecutivas que no le correspondían y, vinculado con ellas, la de establecer el procedimiento.

En efecto, en cuanto a la primera de las razones, además de que no aparece mínimamente concretada en relación a las controversias para las que se establece este mecanismo, creo que la Sentencia de la mayoría obvia que, al limitarse a las que planteen las personas físicas en relación con sus suministros, no pone en cuestión el mantenimiento y efectividad del régimen económico del sector, el cual, en principio, sólo se vería concernido en lo relativo a los denominados “precio voluntario para el pequeño consumidor” y “tarifa de último recurso” previstas en el art. 17 LSE. Además, las posibles medidas a adoptar se circunscriben, en principio, “a ordenar la devolución de importes indebidamente facturados y, en general, disponer cuantas medidas tiendan a restituir al interesado en sus derechos e intereses legítimos, incluyendo la posibilidad de reembolso y compensación por los gastos y perjuicios que se hubiesen podido generar”, lo que difícilmente puede poner en riesgo la estabilidad de dicho régimen, que, en todo caso, corresponde establecer al Estado. Por otra parte la Sentencia de la mayoría no tiene en cuenta la doctrina de la STC 148/2011, de 28 de septiembre, FJ 5, cuando señala que las competencias estatales sobre esta materia no pueden ser entendidas en el sentido de que pueden establecer una suerte de límite al ejercicio de las competencias autonómica. Precisamente el carácter individual de las reclamaciones y el hecho de que se trate de usuarios finales que sean personas físicas, conducen a excluir la posibilidad de afectación del principio básico de garantía del suministro de energía eléctrica que al Estado corresponde asegurar.

Por otro lado, el precepto no se sitúa en esa vertiente de garantía de la calidad, ni siquiera en el de la regulación de las consecuencias derivadas de su incumplimiento sino en un plano mucho más concreto, la compensación a determinados usuarios finales una vez

constatada la infracción de los derechos que tienen específicamente reconocidos en la regulación del sistema eléctrico. Por eso, la Sentencia hubiera debido relacionar los sujetos a los que este mecanismo de protección va dirigido, usuarios finales que sean personas físicas, con los derechos que a esos usuarios les reconoce la LSE, específicamente en el art. 44. De hecho, la Sentencia se ve obligada a reconocer que la mayor parte de esos derechos tienen relación con las competencias autonómicas. Lo que no explica, es cuáles son esa “menor parte” de los derechos cuya vulneración podría alcanzar tal entidad que, en su ejercicio por consumidores finales que sean personas físicas, afectaría a la unidad del régimen económico del sector o al principio de garantía del suministro, que es lo que en su razonamiento, justificaría la asunción de competencias ejecutivas por el Estado. Por lo que el argumento de la posibilidad de afectación queda ayuno de sustento concreto y resulta meramente voluntarista. La inevitable consecuencia es la ambigüedad e indeterminación tanto del sistema de resolución de controversias en sí, como de la propia doctrina de la Sentencia que no llega a ofrecer un criterio claro de delimitación de competencias en este concreto aspecto.

Menos fundamento justificativo presenta a mi juicio la segunda de las razones aducidas, la posibilidad de que las Comunidades Autónomas establezcan su propio mecanismo. Por una parte, porque al carecer el Estado de competencias ejecutivas en este ámbito falta, de hecho, el presupuesto para que esa cláusula “sin perjuicio” tenga algún sentido y pueda ser operativa. Por otra parte, porque esta solución comporta la indeseada consecuencia de duplicar intervenciones administrativas similares, sin que la Sentencia proporcione criterios claros para evitar actuaciones intercambiables, lo que contradice nuestra doctrina, que ha afirmado “la necesidad de evitar duplicidades burocráticas o el mantenimiento de Administraciones paralelas” (por todas, STC 1/2011, de 14 de febrero, FJ 9, y las allí citadas) de acuerdo con los principios propios del Estado autonómico, entre ellos, los de descentralización y eficacia administrativa (art. 103.1 CE).

4. Estimo que las conclusiones que aquí alcanza la Sentencia hubieran debido ser coherentes con el punto de partida de su razonamiento. Se parte de la aplicación de la misma *ratio decidendi* que la de la STC 72/2014, de 8 de mayo, FJ 10, de modo que, encuadrado el mecanismo en el sector material que corresponde (allí las telecomunicaciones, aquí la energía eléctrica), debe resolverse conforme a la delimitación de competencias aplicable en ese sector material. La diferente solución en un caso y otro derivaría, exclusivamente, de que en la STC 72/2014 estábamos ante una competencia exclusiva estatal y en este caso se trata de una

competencia compartida en función del binomio bases-desarrollo. Así, de acuerdo con la doctrina que la propia Sentencia cita, la de las SSTC 18/2011, 148/2011 y 102/2013, en un ámbito en el que el Estado ostenta competencias básicas, la reserva de funciones ejecutivas por el Estado es posible, pero se vincula a que esa reserva sea necesaria en la medida en que cumpla una finalidad de garantía de las bases estatales. No obstante, a diferencia de otros supuestos ya examinados por el Tribunal, en los que se veían afectadas la garantía del suministro o el régimen económico del sector, esa vertiente no concurre aquí. Por tanto, al ser una competencia ejecutiva, el Estado no se halla competencialmente habilitado por el art. 149.1.25 CE para reservársela para sí. La conclusión no podía ser otra que la de reconocer que la atribución de la función a un órgano estatal vulnera las competencias autonómicas. Los mismos argumentos son trasladables para la determinación del procedimiento aplicable, pues, en este caso, también la norma básica ha de establecer los criterios generales básicos, pero, respetando éstos, su concreción particular en el procedimiento correspondiente ha de ser asumida por el competente *ratione materiae* que, en este caso, resultaba ser la Generalitat de Cataluña.

Discrepo, por tanto, del enjuiciamiento de la Sentencia, que creo que no encuentra fundamento en las premisas de las que dice partir y supone, una vez más, la reducción del ámbito de atribuciones de las Comunidades Autónomas en una materia en la que, conforme a las reglas constitucionales y estatutarias de distribución de competencias, el reconocimiento de las competencias ejecutivas de la Generalitat de Cataluña no planteaba problema alguno.

5. En conclusión, por cuanto acabo de exponer, estimo que la mención al “Ministerio de Industria, Energía y Turismo” y el inciso “que se aprobará por orden del Ministro de Industria, Energía y Turismo” del art. 43.5 LSE, en los que se residenciaba la vulneración competencial son contrarias al orden constitucional de distribución de competencias y, por tanto, debieron ser declarados inconstitucionales y nulos.

Y en este sentido emito mi voto particular.

Madrid, a dieciocho de febrero de dos mil dieciséis.