

VOTO PARTICULAR que formulan la Magistrada doña Adela Asua Batarrita y el Magistrado don Fernando Valdés Dal-Ré a la Sentencia dictada en el recurso de inconstitucionalidad núm. 5831-2014.

En ejercicio de la facultad que nos confiere el art. 90.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC) y con pleno respeto a la opinión de la mayoría del Pleno, expresamos nuestra discrepancia con el fallo de la Sentencia y con la argumentación que lo sustenta, principalmente en el fundamento jurídico 10, en virtud de los argumentos que defendimos en la deliberación del Pleno y que exponemos a continuación.

La Sentencia de la que discrepamos estima parcialmente el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno de España contra el Decreto-ley catalán 6/2013, de 23 de diciembre, por el que se modifica la Ley 22/2010, de 20 de julio, del Código de consumo de Cataluña, al considerar que varias de las disposiciones impugnadas contradicen las normas básicas dictadas por el Estado en esta materia, en concreto las establecidas en las Leyes 24/2013, de 26 de diciembre, del sector eléctrico (LSE) y 34/1998, de 7 de octubre, del sector de los hidrocarburos.

La declaración de contravención de la normativa estatal por la norma impugnada que efectúa la Sentencia se basa en los argumentos de que “el Estado ha incorporado las Directivas 2009/72/CE y 2009/73/CE optando, dentro del margen que en las mismas se establece, por la protección del consumidor vulnerable mediante un sistema de bonificación a través de la financiación de parte del precio del suministro de la electricidad y gas (arts. 45 LSE y 57 LSH) y no mediante el establecimiento de prohibiciones de desconexión del suministro respecto a dichos clientes en períodos críticos, o en otros” y de que “los arts. 45 LSE y 57 LSH tienen como finalidad incorporar el mandato dirigido a los Estados miembros consistente en adoptar las medidas adecuadas para garantizar el suministro eléctrico a los consumidores vulnerables, tanto en el sector eléctrico como en el sector de hidrocarburos, medidas que se proyectan sobre todo el territorio nacional y que en el marco de la sostenibilidad económica y financiera del sistema eléctrico y gasista, suponen una clara opción por un modelo de protección de la garantía del suministro para los consumidores vulnerables consistente en la bonificación de parte del precio, frente a otros modelos que, siendo igualmente legítimos, como la prohibición de desconexión,

también pudieran garantizar el suministro a dicho colectivo” (FJ 10). En síntesis, la Sentencia argumenta que “el legislador estatal ha optado por no exceptuar el régimen de corte del suministro por impago previsto en los arts. 52.3 LSE y 88.3 LSH” (*ibídem*). En consecuencia, los apartados 6 y 7 añadidos al art. 252-4 de la Ley 22/2010 por el art. 2 del Decreto-ley impugnado vulnerarían el régimen homogéneo que establece la normativa estatal básica en cuanto a las consecuencias derivadas del impago del suministro eléctrico y de gas en todo el territorio del Estado.

En nuestra opinión, ni la premisa de la que parte la Sentencia ni la conclusión de contradicción a la que llega son correctas.

1. La simple lectura de las normas estatales invocadas por el Abogado del Estado permite comprobar que ninguna de ellas regula las medidas para garantizar una protección adecuada de los clientes vulnerables en los términos que reclama la Directiva 2009/72/CE (y, antes, la Directiva 2003/54/CE). La única norma estatal que de alguna forma se podría acercar a ese propósito es el Real Decreto-ley 13/2012, de 30 de marzo, por el que se pretende transponer precisamente, entre otras, la Directiva 2009/72/CE. Sin embargo, el Real Decreto-ley 13/2012 se limita a prever que “serán considerados como consumidores vulnerables los consumidores de electricidad que cumplan con las características sociales, de consumo y poder adquisitivo que se determinen” y remite al desarrollo reglamentario, sin mayores precisiones, tanto la definición de consumidor vulnerable como la concreción de las medidas de protección del consumidor vulnerable (art. 44.4 de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del sector eléctrico, en la redacción dada por el Real Decreto-ley 13/2012; precepto que, en una modificación posterior, se ha convertido en el vigente art. 45 LSE). Y de forma transitoria se determina que “*hasta que se desarrolle lo establecido en el apartado 4 del artículo 44 de la presente ley*, se considera que un consumidor es vulnerable cuando se encuentre dentro del ámbito de aplicación del artículo 2 y disposición transitoria segunda del Real Decreto-ley 6/2009, de 30 de abril, por el que se adoptan determinadas medidas en el sector energético y se aprueba el bono social, así como en la disposición adicional segunda del Real Decreto-ley 14/2010, de 23 de diciembre, por el que se establecen medidas urgentes para la corrección del déficit tarifario del sector eléctrico” (Disposición transitoria vigésima de la Ley 54/1997, énfasis añadido, en la redacción dada por el Real Decreto-ley 13/2012). Como se aprecia con claridad, las propias previsiones normativas

contenidas en el Real Decreto-ley 13/2012 asumen la insuficiencia de la regulación estatal para dar cumplimiento a lo exigido por la Directiva 2009/72/CE.

Por lo que respecta al suministro de gas natural, el Abogado del Estado no ha alegado ninguna norma estatal de transposición de la Directiva 2009/73/CE, limitándose a invocar disposiciones preexistentes de la legislación estatal reguladora del sector de hidrocarburos que se refieren a la suspensión del suministro en caso de impago o bien que contienen una habilitación normativa para regular las condiciones específicas de suministro para los clientes considerados vulnerables.

Así pues, se puede constatar con suma facilidad que la normativa básica que invoca el Abogado del Estado no contiene una regulación específica dirigida a proteger a los clientes vulnerables frente a la pobreza energética, en particular contra la desconexión de la electricidad y del gas natural en periodos críticos del año. En el ámbito de la energía eléctrica, como hemos visto, y como reconoce la propia Sentencia en el fundamento jurídico 9, el art. 45 LSE se ha limitado a remitir al desarrollo reglamentario la definición de consumidor vulnerable, los requisitos que deben cumplir así como las medidas a adoptar para este colectivo. Sin embargo, en el fundamento jurídico 10 se considera que es justamente ese art. 45 LSE, que carece de regulación sustantiva alguna, el precepto que, en el ámbito de la energía eléctrica, tiene como finalidad incorporar el mandato de la Directiva 2009/72/CE dirigido a garantizar el suministro eléctrico frente a los consumidores vulnerables.

En lugar de admitir lisa y llanamente que la normativa estatal no contiene una regulación específica de protección de los consumidores vulnerables frente a la pobreza energética, la Sentencia de la que discrepo trae a colación diversas medidas legislativas que den la impresión de que la preocupación por la pobreza energética no es del todo ajena a la normativa estatal: entre otras, se alude al llamado bono social, que no es más un precio de la electricidad inferior al mercado que se prevé en relación con amplias categorías de consumidores, incluidas las familias numerosas, o al mecanismo regulado en el art. 52.3 LSE, que exige un plazo de dos meses entre el requerimiento fehaciente de pago y la suspensión del suministro. No obstante, todas las medidas que invoca la Sentencia son accesorias y perfectamente diferenciables de la regulación específica que contempla el Derecho de la Unión y que contiene la norma autonómica impugnada. En suma, no se cumple la premisa de la que

parte la argumentación de la Sentencia: la existencia efectiva de una transposición estatal suficiente.

2. El Decreto-ley impugnado se dirige a establecer unos parámetros económicos objetivos que definen a las personas que se encuentran en situación de vulnerabilidad económica y a establecer las medidas que las protejan de posibles interrupciones de suministro durante los meses de invierno. El punto de partida de la regulación catalana es, como se declara expresamente en el preámbulo, el marco jurídico europeo conformado por la Directiva 2009/72/CE y su parcial o deficiente transposición estatal.

Las medidas adecuadas para garantizar el suministro eléctrico de los consumidores vulnerables que reclama la Directiva no son, en efecto, una mera posibilidad regulatoria para el legislador español. La Directiva 2009/72/CE obliga a los Estados miembros a introducir medidas para combatir la llamada “pobreza energética”. Esto es lo que prescriben los apartados 7 y 8 del art. 3 de la Directiva: “Los Estados miembros adoptarán las medidas oportunas para proteger a los clientes finales y, en particular, garantizarán una protección adecuada de los clientes vulnerables. A este respecto, cada uno de los Estados miembros definirá el concepto de cliente vulnerable que podrá referirse a la pobreza energética y, entre otras cosas, a la prohibición de desconexión de la electricidad a dichos clientes en períodos críticos [...]”; “Los Estados miembros adoptarán las medidas adecuadas, tales como planes nacionales de acción en materia de energía, prestaciones en el marco de regímenes de seguridad social para garantizar el necesario suministro de electricidad a los clientes vulnerables o el apoyo a mejoras de la eficiencia energética, con el fin de atajar la pobreza energética donde se haya constatado, también en el contexto más amplio de la pobreza en general [...]”. Los Estados miembros tenían que adoptar las disposiciones necesarias para dar cumplimiento a las previsiones de la Directiva 2009/72/CE para el 3 de marzo de 2011.

Las mencionadas prescripciones de la Directiva 2009/72/CE no constituyen ninguna novedad. Ya el art. 3.5 de la Directiva 2003/54/CE de 26 de junio de 2003, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad, derogada justamente por la Directiva 2009/72/CE, obligaba a los Estados miembros a adoptar las medidas oportunas para proteger a los clientes finales y, en particular, a garantizar una protección adecuada de los clientes

vulnerables, incluidas medidas que les ayuden a evitar la interrupción del suministro. La Directiva 2009/72/CE reitera la exigencia y precisa el tipo de medidas necesarias.

Igualmente, en relación con el suministro de gas natural el art. 3.3 de la Directiva 2009/73/CE (y, antes, la Directiva 2003/55/CE) contiene un mandato similar dirigido a los Estados miembros para que incluyan el concepto de pobreza energética y combatan sus efectos.

3. Puede ser controvertido el exacto encuadramiento material de las medidas contempladas por el Decreto-ley impugnado, pero lo que no puede discutirse es que en el momento en que se dicta ninguna norma estatal ha dado pleno cumplimiento a las previsiones de las Directivas 2009/72/CE y 2009/73/CE en materia de pobreza energética. La habilitación que contiene el art. 45 LSE no ha sido ejercida todavía en el momento en que se aprueba la Sentencia de la que disiento, transcurridos cinco años desde la fecha máxima de transposición.

En las circunstancias que concurren en la aprobación de la norma autonómica impugnada –amplio transcurso del plazo de transposición de la Directiva 2009/72/CE y falta de adopción por el legislador estatal, por las razones que sean, de las medidas adecuadas para su transposición en el ámbito de la pobreza energética en ejercicio de su competencia legislativa básica en materia energética-, una Comunidad Autónoma puede dictar en el ámbito de sus propias competencias las medidas que considere adecuadas para dar cumplimiento a lo exigido por el Derecho de la Unión. De acuerdo con el art. 189 EAC, Cataluña puede aplicar, transponer y ejecutar el Derecho de la Unión Europea en el ámbito de sus competencias. Otra interpretación no solo iría en contra del bloque de constitucionalidad sino que también resultaría incompatible con el debido cumplimiento de las obligaciones derivadas de nuestra pertenencia a la Unión Europea.

En nuestro modelo de distribución de competencias solo el ejercicio constitucionalmente legítimo de la competencia estatal de legislación básica puede cerrar el paso a la legislación autonómica; siempre, claro, está que esta entre en contradicción insalvable. Ni el silencio de las bases ni la mera previsión genérica de un indeterminado desarrollo reglamentario por una norma básica pueden bloquear el ejercicio de las competencias autonómicas en el espacio normativo no ocupado efectivamente por las bases. Las normas autonómicas solo tienen como límite el contenido normativo de las normas básicas válidamente dictadas por el Estado, no sus

silencios u omisiones. Solo este entendimiento resulta, a mi juicio, compatible con el sistema constitucional de competencias.

4. Por el contrario, la Sentencia de la que discrepamos afirma, contra toda evidencia, que “el Estado ha incorporado las Directivas 2009/72/CE y 2009/73/CE optando, dentro del margen que en las mismas se establece, por la protección del consumidor vulnerable mediante un sistema de bonificación a través de la financiación de parte del precio del suministro de la electricidad y gas (arts. 45 LSE y 57 LSH) y no mediante el establecimiento de prohibiciones de desconexión del suministro respecto a dichos clientes en periodos críticos, o en otros”. Como hemos indicado anteriormente, el art. 45 LSE se limita a remitir al desarrollo reglamentario la eventual regulación de protección de los consumidores vulnerables frente a la pobreza energética. Ni regula ni prohíbe regular a las Comunidades Autónomas. No se expresa ni se puede deducir de la legislación estatal básica una voluntad de los órganos centrales del Estado de no adoptar esa regulación o de no ejercer la habilitación normativa conferida por el art. 45 LSE; y, sobre todo, no se expresa ni se puede deducir pronunciamiento alguno sobre la voluntad de excluir cualquier mecanismo de suspensión de la desconexión del suministro a consumidores vulnerables en periodos críticos. Sin embargo, esta es la interpretación que formula la Sentencia: le atribuye a la normativa básica estatal una voluntad legislativa de no desarrollar una protección específica frente a la pobreza energética; le atribuye incluso la voluntad de excluir normas prohibitivas de desconexión del suministro en periodos críticos. A nuestro juicio, se trata de una atribución de intenciones al legislador estatal no solo insostenible con los cánones ordinarios de interpretación, sino también incompatible con la función de la jurisdicción constitucional.

5. Por último, conviene subrayar que el hecho de que la norma catalana haya definido determinados consumidores como vulnerables y les haya conferido cierta protección frente a la desconexión del suministro por impago durante periodos críticos del año no significa que ello, por sí mismo, produzca una afectación al suministro o al régimen económico del sector eléctrico, tal como parece argüir la Sentencia de la que discrepo. La norma impugnada se limita a suspender temporalmente la desconexión del suministro eléctrico en determinados casos (consumidores vulnerables cuya condición ha sido reconocida por la Administración competente), aplazando en la misma medida el pago del suministro prestado y adeudado al

comercializador. Con ello, la norma autonómica no afecta al régimen económico del sector eléctrico en su conjunto, ni modifica ni sustituye el régimen estatal por unas normas propias. En el sistema diseñado por la legislación básica estatal, la retribución de los costes de comercialización no afecta al régimen económico del sector, pues, por una parte, la comercialización no tiene la condición de actividad regulada y, por otra, las empresas comercializadoras deben abonar a las empresas distribuidoras el peaje de acceso a las redes de transporte y distribución, con independencia de que cobren o no al consumidor final.

Esto no es nada nuevo para este Tribunal, pues se trata de doctrina reiterada. En la STC 4/2013, de 17 de enero, este Tribunal afirmó que “dada la diferencia de funciones asignadas a las mismas en el sistema eléctrico según lo dispuesto en los arts. 9.1 e) y f) de la Ley del sector eléctrico, debe distinguirse entre el régimen económico aplicable a las empresas comercializadoras y a las distribuidoras”; “La diferencia de funciones que cumplen unas y otras en el sector eléctrico determina que, como ya hemos examinado, la distribución tenga el carácter de actividad regulada (art. 11.2 de la Ley del sector eléctrico), mientras que la comercialización se ejerce libremente en los términos de la Ley del sector eléctrico, con la excepción de los comercializadores de último recurso. Por esta razón, las alegaciones del Abogado del Estado sobre la vulneración del régimen económico del sector eléctrico no pueden prosperar en relación con las empresas comercializadoras puesto que, en este caso, conforme a la propia Ley del sector eléctrico (arts. 11.3 y 16.4), el suministro de energía, responsabilidad de estas empresas elegidas libremente por los consumidores, se realiza mediante la libre contratación de la energía y el correspondiente contrato de acceso a las redes [art. 44.1 de la Ley del sector eléctrico y 79.2 b) del Real Decreto 1955/2000], razón por la cual la retribución de los costes de la actividad de comercialización será la que libremente se pacte entre las partes. Este extremo determina que no se produzca en este supuesto la denunciada afectación al régimen económico del sector eléctrico” (FJ 10).

Y en la reciente STC 32/2016, de 18 de febrero, este Tribunal tuvo de nuevo ocasión de descartar un argumento similar con respecto a una interferencia mucha más incisiva en los intereses de los comercializadores: la imposibilidad legal de interrumpir los suministros considerados esenciales por el art. 52.4 LSE. Frente al argumento aducido por el Abogado del Estado de que la fijación de dichos suministros esenciales afectaba al régimen económico del sector (y, por tanto, las Comunidades Autónomas no deberían poder ampliar ese elenco de

supuestos), el Tribunal señaló que los “sujetos afectados por esta ininterrumpibilidad son los comercializadores, cuya actividad no tiene el calificativo legal de regulada y cuyo interés en cobrar créditos resulta asegurado por las acciones jurisdiccionales de que disponen, y, además por la regla establecida en el propio texto legal”, a través de la cual pueden afectar cualquier pago del titular del servicio al abono de las facturas impagadas de servicios esenciales (STC 32/2016, de 18 de febrero, FJ 13).

Pues bien, en coherente aplicación del criterio sentado en la STC 32/2016 la Sentencia de la que discrepamos tenía que haber entendido igualmente que los sujetos afectados por la suspensión temporal del corte del suministro regulada por la norma impugnada en este proceso (interferencia -cabe insistir- cualitativa y cuantitativamente inferior que la ininterrumpibilidad absoluta de los suministros considerados esenciales que prescribe la normativa básica) son “los comercializadores cuya actividad no tiene el calificativo legal de regulada y cuyo interés en cobrar créditos resulta asegurado por las acciones jurisdiccionales de que disponen”.

Así pues, tampoco desde la perspectiva de la incidencia en el régimen económico del sector eléctrico en su conjunto puede concluirse contravención alguna de la legislación básica estatal por la normativa impugnada.

6. Una vez expuesta nuestra discrepancia con la conclusión de contravención, consideramos conveniente poner de manifiesto el sentido de la impugnación del Abogado del Estado, pues repercute en la forma de razonar de la Sentencia.

La impugnación del Abogado del Estado no se dirige a la definición de consumidores vulnerables y a algunas medidas de carácter accesorio (mecanismos de intercambio de información) que contiene la norma autonómica, sino a que a las personas en situación de vulnerabilidad económica se les aplique en Cataluña un régimen económico diferente del previsto con carácter estatal. He aquí el núcleo de la impugnación estatal: no que la regulación autonómica contravenga las bases estatales, sino que contenga un régimen *diferente*. Esta concepción del ejercicio competencial autonómico es radicalmente incompatible con la doctrina reiterada de este Tribunal: “El principio constitucional de igualdad no impone que todas las Comunidades Autónomas ostenten las mismas competencias, ni, menos aún, que tengan que

ejercerlas de una manera o con un contenido y unos resultados idénticos o semejantes. La autonomía significa precisamente la capacidad de cada nacionalidad o región para decidir cuándo y cómo ejercer sus propias competencias, en el marco de la Constitución y del Estatuto. Y si, como es lógico, de dicho ejercicio derivan desigualdades en la posición jurídica de los ciudadanos residentes en cada una de las distintas Comunidades Autónomas, no por ello resultan necesariamente infringidos los arts. 1, 9.2, 14, 139.1 y 149.1.1.^a de la Constitución, ya que éstos preceptos no exigen un tratamiento jurídico uniforme de los derechos y deberes de los ciudadanos en todo tipo de materias y en todo el territorio del Estado, lo que sería frontalmente incompatible con la autonomía, sino, a lo sumo, y por lo que al ejercicio de los derechos y al cumplimiento de los deberes constitucionales se refiere, una igualdad de las posiciones jurídicas fundamentales” (STC 37/1987, de 26 de marzo, FJ 10, reiterada en muchísimas otras posteriores).

Como el planteamiento del Abogado del Estado no puede aceptarse sin más, la Sentencia de la que discrepamos convierte una diferencia de regulación autonómica (que en el presente caso se conecta con exigencias europeas) en una contravención insalvable de la normativa básica estatal. Ello redundará en una preocupante erosión de las competencias legislativas autonómicas, cuyo ejercicio no tendría como límite solo el contenido normativo de las normas básicas válidamente dictadas por el Estado, sino también una peculiar prohibición de desarrollo y de diferenciación, incluso cuando, como ocurre en el presente caso, las normas básicas que regulen la cuestión no han llegado a materializarse.

Las posibles implicaciones de la fundamentación de la presente Sentencia para nuestra futura jurisprudencia son preocupantes. Se podrá impedir a las Comunidades Autónomas que, en ejercicio de sus competencias, adopten disposiciones diferentes a las normas estatales con el mismo propósito de tutela si, por su contenido o intensidad, los órganos centrales del Estado consideran que de alguna manera alteran el equilibrio de intereses establecido por las normas estatales de carácter básico, incluso aunque no exista norma alguna que lo prohíba. Significativamente, y esto da una idea de qué queda de la competencia autonómica compartida en materia energética, el fundamento jurídico 11 de la propia Sentencia reduce a las medidas asistenciales la posible intervención de las Comunidades Autónomas en el ámbito de la pobreza energética.

7. En definitiva, la Sentencia debió declarar que la norma autonómica impugnada no contraviene la normativa estatal de carácter básico, ni en consecuencia incurre en inconstitucionalidad mediata alguna.

Madrid, a diecisiete de marzo de dos mil dieciséis.