

Voto particular que formula el Magistrado don Juan Antonio Xiol Ríos a la Sentencia dictada en el recurso de inconstitucionalidad núm. 5831-2014.

Con el máximo respeto a la opinión mayoritaria de mis compañeros de Pleno en la que se sustenta la sentencia, manifiesto mi discrepancia con su fundamentación jurídica y con su fallo, que, en mi opinión, hubiera debido ser íntegramente desestimatorio.

1. Planteamiento.

El objeto de este recurso de inconstitucionalidad es determinar si la regulación desarrollada por el Decreto-ley de Cataluña 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, en relación con la interrupción del suministro domiciliario de electricidad y gas de las personas que están en una situación de vulnerabilidad económica, invade las competencias estatales básicas en materia de planificación general del sistema económico (art. 149.1.13.^a CE) y del régimen energético (art. 149.1.25.^a CE), por ser contraria a la regulación de carácter básico sobre la materia contenida en la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico (LSE), y la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de los Hidrocarburos (LSH), respectivamente.

La opinión mayoritaria que sustenta la sentencia fundamenta la estimación del recurso en un proceso silogístico en el cual: (i) la premisa mayor es que las medidas controvertidas deben quedar encuadradas, por su carácter prevalente respecto de las competencias asumidas por la Comunidad Autónoma de Cataluña en materia de consumo (art. 123 EAC) y de servicios sociales (art. 166 EAC), dentro de las competencias estatales básicas en materia de planificación general del sistema económico (art. 149.1.13.^a CE) y del régimen energético (art. 149.1.25.^a CE); (ii) la premisa menor es que existe una normativa estatal de carácter básico de protección a los consumidores vulnerables inmersos en situaciones de pobreza energética que queda limitada a las tarifas de último recurso y el bono social, sin incidir en el régimen de la interrupción del suministro y la reclamación por las comercializadoras de las deudas en caso de impago; y (iii) la conclusión es que, al existir una contradicción entre la normativa básica estatal –sistema basado en el bono social-- y la regulación autonómica controvertida –sistema

basado en causales de suspensión de interrupción del suministro y aplazamiento de la deuda en periodos críticos-- esta última incurre en inconstitucionalidad mediata.

Pues bien, discrepo de ambas premisas y, consecuentemente, de la conclusión alcanzada por los razonamientos que a continuación se expresan.

2. Las medidas controvertidas deben encuadrarse en las materias de consumo y servicios sociales y no en las de régimen energético y planificación general del sistema económico.

La normativa impugnada, en la parte que ha sido anulada por la presente sentencia, configura las obligaciones y derechos de las empresas comercializadoras de electricidad y gas en relación con el deber de suministro y el derecho a reclamar el pago de las facturas de los consumidores en situación de especial vulnerabilidad por estar inmersos en una situación de pobreza energética, estableciendo (i) una causa de suspensión de la posibilidad de interrupción del suministro por impago de dos meses consecutivos, entre los meses de noviembre y marzo y (ii) el aplazamiento y/o fraccionamiento de la deuda pendiente con las condiciones que ambas partes acuerden o bien mediante los mecanismos de mediación y arbitraje que las partes acepten. La opinión mayoritaria en la que se sustenta la sentencia afirma que el contenido y finalidad de esta regulación, por incidir directamente en la configuración del contenido del régimen jurídico de las empresas comercializadoras, hace prevalente la materia competencial del régimen energético.

No puedo compartir esa afirmación. En el voto particular que formulé en la STC 32/2016, de 18 de febrero, en relación con el análisis de constitucionalidad del art. 43.5 LSE, defendí que establecer una vía administrativa a través de la cual unos determinados consumidores (las personas físicas que sean usuarios finales de energía eléctrica) pueden recurrir en defensa de sus derechos queda amparada en la materia competencial del régimen energético debido a que la implantación de este tipo de procedimientos, por tener como finalidad estructural garantizar los derechos de una categoría de consumidores, contribuye a asegurar la efectividad del propio sistema. En el presente caso, sin embargo, no se aprecia ninguna nota en el contenido de la normativa impugnada que permita afirmar que es una regulación de carácter sistémico que afecte al régimen energético. Más bien, con el telón de fondo de los mandatos constitucionales del art. 51.1 CE de que “[l]os poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos” y del art.

128.1 CE de que “[t]oda la riqueza del país en sus distintas formas y sea cual fuere su titularidad está subordinada al interés general”, se pone de manifiesto que se están regulando determinadas garantías –ciertamente en el marco del sector energético-- en protección de los consumidores especialmente vulnerables por estar inmersos en situaciones de pobreza energética. Estas garantías consisten en que en la prestación del servicio de suministro doméstico de energía dentro del ámbito territorial de Cataluña se flexibilizan las específicas medidas del régimen de interrupción y pagos de las deudas limitándolas, además, a un concreto periodo temporal crítico en que la situación de pobreza energética es susceptible de traducirse en consecuencias negativas para la salud de los consumidores, tal como ha sido documentado por el Síndic de Greuges, en el Informe sobre la pobreza energética en Cataluña, de octubre de 2013. No es, pues, una normativa que se despegue de una regulación sobre derechos básicos de los consumidores y usuarios en el sentido definido, por ejemplo, en el art. 8.a) y f) del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, cuando establece que “[s]on derechos básicos de los consumidores y usuarios: a) La protección contra los riesgos que puedan afectar su salud o seguridad; (...); f) La protección de sus derechos mediante procedimientos eficaces, en especial ante situaciones de inferioridad, subordinación e indefensión”.

A esa misma conclusión puede llegarse si se atiende, por ejemplo, a (i) la circunstancia de que la normativa impugnada supone una modificación específica del Código de Consumo de Cataluña; y (ii) que la 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 la Directiva 2009/73 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural, que son las que regulan la obligación nacional de establecer una normativa que garantice una protección adecuada de los clientes vulnerables en situaciones de pobreza energética, establecen esa previsión dentro de un artículo intitulado “Obligaciones de servicio público y protección del cliente”.

Con este contexto normativo a mi juicio no cabe sostener, como hace la opinión mayoritaria en la que se sustenta la sentencia, que en esta normativa son prevalentes consideraciones sistémicas del régimen energético --por incidir directamente en la configuración del contenido del régimen jurídico de las empresas comercializadoras-- sobre la evidencia de que su contenido material tiene una finalidad de protección de los consumidores y de atención social a los problemas concretos, cotidianos y angustiosos de las personas y familias más vulnerables en situación de pobreza energética que no alcanzan con los ingresos

que pueden aportar con su actividad privada y/o el apoyo público de las diferentes instituciones a satisfacer las mínimas condiciones de habitabilidad de sus viviendas durante los periodos críticos de frío. Una concepción de esas características para mí resulta difícilmente compatible con la definición que da el art. 1.1 CE de España como un Estado social; la cual implica que el mundo de los sistemas está subordinado al mundo de la vida.

En suma, como vengo haciendo infructuosamente en esta y otras deliberaciones anteriores, invito a reflexionar sobre si el papel de los juristas y en especial de los jueces constitucionales en la sociedad actual va más allá del positivismo formalista y sobre si un sistema que, por perfecto que parezca en términos de simetría lógica, subordine su mantenimiento y funcionamiento a la marginación o exclusión social de parte de su población, tiene cabida en un régimen jurídico-constitucional que se define como social y democrático.

3. Las medidas controvertidas, incluso hipotéticamente encuadradas en el régimen energético, son una competencia compartida con la Comunidad Autónoma de Cataluña.

El art. 133.1.c) EAC establece que “[c]orresponde a la Generalitat la competencia compartida en materia de energía. Esta competencia incluye en todo caso: (...) c) el desarrollo de las normas complementarias de calidad de los servicios de suministro de energía”. Pues bien, las cuestiones referidas a la interrupción del suministro son una normativa materialmente encuadrable en la regulación de la calidad del suministro energético. A esa conclusión se llega con un razonamiento puramente sistemático sobre la regulación estatal en la materia. En efecto, (i) el Título VIII de la LSE regula el “Suministro de energía eléctrica”; (ii) su capítulo II regula, precisamente, la “Calidad del suministro eléctrico”; y (iii) el art. 52, que es en el que se regula la suspensión del suministro y que es uno de los preceptos que se utiliza en la opinión mayoritaria en la que se sustenta la sentencia como norma básica de contraste, está ubicado dentro de ese capítulo dedicado a la calidad del suministro. Parece que la lógica formal impone que (i) si la normativa estatal de contraste define la materia controvertida como una cuestión relativa a la calidad del suministro; (ii) entonces, es, de conformidad con el art. 133.1.c) EAC, una competencia compartida en materia de energía en la medida en que puede concluirse que supone el desarrollo de normas complementarias.

A una conclusión semejante debe llegarse en relación con el suministro de gas, toda vez que si bien la sistemática de la LSH no permite una conclusión tan directa como la derivada de la LSE, también se pone de manifiesto que la suspensión del suministro (art. 88 LSH que es la norma básica de contraste utilizada en la opinión mayoritaria en la que se sustenta la sentencia)

es una cuestión en relación directa con la materia referida a la calidad del suministro de gases licuados (art. 86 LSH).

Por tanto, considero, y esta es mi segunda discrepancia con la premisa mayor sobre el encuadre competencial realizado por la opinión mayoritaria en la que se sustenta la sentencia, que el parámetro de control de constitucionalidad debería haber sido, al menos, que la norma impugnada está encuadrada en una competencia compartida y no es una competencia exclusiva. Esto implica, como se declara en las SSTC 148/2011, de 28 de septiembre, FJ 5 y 4/2013, de 17 de enero, FJ 10, que ha de existir un margen para el desarrollo por las comunidades autónomas de actuaciones u políticas propias en materia de calidad del suministro eléctrico.

4. La normativa estatal que se establece como de contraste no tiene carácter materialmente básico.

La opinión mayoritaria en la que se sustenta la sentencia afirma que los arts. 52.3 LSE y 88.3 LSH, y su normativa de desarrollo reglamentario --en que se regulan las condiciones de la interrupción del suministro por impago sin prever ninguna excepción o posibilidad de suspensión en supuestos de pobreza energética-- son materialmente básicos. Esa afirmación se fundamenta en que tales preceptos establecen derechos y obligaciones para los diversos sujetos intervinientes en el sector del suministro eléctrico y gasista garantizando un régimen homogéneo que asegura un tratamiento común en todo el territorio nacional en cuanto a las consecuencias derivadas del impago del suministro eléctrico y de gas y que estos sectores energéticos son de gran importancia para el conjunto de la economía nacional y para la totalidad de los otros sectores económicos y la vida cotidiana.

Nuevamente debo discrepar de esta afirmación contenida en la premisa menor del proceso silogístico. Me resulta extraño que en el marco de una jurisprudencia constitucional a mi juicio, como vengo defendiendo en las deliberaciones, excesivamente autorreferente y cerrada (habitualmente solo busca una fuente autoritativa de legitimación --en el sentido de Summers-- en sus propios precedentes), no se haya atendido en este caso a dos pronunciamientos del Pleno de este Tribunal relativamente cercanos en el tiempo para analizar el carácter materialmente básico de esta normativa.

Me refiero, en primer lugar, a la STC 4/2013, de 17 de enero, FJ 10. En esta sentencia, con fundamento en el diferente régimen económico aplicable en la legislación eléctrica a las empresas comercializadoras --que está liberalizado-- y a las distribuidoras de electricidad --que tiene la consideración de actividad regulada--, se concluía que la normativa autonómica entonces

impugnada – imposición de determinadas obligaciones de contenido económico a ambos tipos de empresas-- no incidía en el régimen económico del sector eléctrico en lo que se refería a la empresas comercializadoras. Por su parte, respecto de las empresas suministradoras, se afirmaba que, aunque se impusieran condiciones susceptibles de generar costes, ello no podía suponer por sí solo la vulneración de las competencias del Estado en relación con el régimen económico del sector eléctrico. El argumento era que “[e]n caso contrario, podría producirse un vaciamiento de las competencias autonómicas que cuentan con expreso reconocimiento estatutario sin que, por otra parte, pueda deducirse del precepto impugnado cuestionamiento alguno del carácter único del régimen económico del sector eléctrico, ni de las competencias estatales relativas a su determinación” (STC 4/2013, FJ 10).

En segundo lugar, la STC 32/2016, de 18 de febrero, en que se analizaba la prohibición prevista en el art. 52.4 LSE de interrumpir los suministros considerados esenciales, también resulta relevante. En esta sentencia se rebate la alegación del abogado del Estado de que la fijación de dichos suministros esenciales afectaba al régimen económico del sector, afirmando que “[l]os sujetos afectados por esta ininterrumpibilidad son los comercializadores, cuya actividad no tiene el calificativo legal de regulada y cuyo interés en cobrar sus créditos resulta asegurada por las acciones jurisdiccionales de que disponen, y, además, por la regla establecida en el propio texto legal, a través de la que, como se ha mencionado anteriormente, pueden afectar cualquier pago del titular del servicio al abono de las facturas impagadas de servicios esenciales” (FJ 13) .

Con estos precedentes, tan cercanos en el tiempo y tajantes en su tenor, no puede compartirse la idea de que la normativa estatal reguladora de la interrupción del suministro en caso de impagos a las empresas comercializadoras tenga el carácter de materialmente básica y, en coherencia con ello, que la imposición de determinadas obligaciones a las empresas comercializadoras en protección de situaciones de pobreza energética en periodos críticos, que ni siquiera tienen el carácter de condonación de una deuda sino de un mero aplazamiento, pudiera suponer la contravención de normativa básica estatal del sistema energético por afectación a su régimen económico.

5. La normativa estatal, aunque pudiera ser considerada básica, no agota el sistema de protección de los consumidores vulnerables inmersos en una situación de pobreza energética

La opinión mayoritaria en la que se sustenta la sentencia afirma que la regulación estatal básica que tiene por objeto la protección de las personas y familias en situación de vulnerabilidad económica no se produce mediante el establecimiento de prohibiciones de

desconexión del suministro respecto a dichos clientes en períodos críticos, ya que no exceptúa estos consumidores del régimen general sobre interrupción del suministro (arts. 52.3 LSE y 85 del RD 1955/2000, para el sector eléctrico; y arts. 88.3 LSH y 57 del RD 1434/2002, para el sector gasista); sino que queda limitada a las tarifas de último recurso y el bono social (arts. 45 LSE y 57 LSH).

Pues bien, incluso aunque se compartiera el carácter básico en materia de régimen energético de esta normativa, mi segunda discrepancia con la premisa menor de la opinión mayoritaria en la que se sustenta la sentencia, radica en que (i) el sistema estatal de protección de este tipo de consumidores vulnerables, en trasposición de las obligaciones comunitarias, a mi juicio no está ya concretado de manera definitiva; y que (ii) las tarifas de último recurso y el bono social no agotan el sistema de protección del suministro energético doméstico en situaciones de especial vulnerabilidad.

El art. 3.7 de la Directiva 2009/72/CE, de 13 de julio, por la que se establecen las normas comunes para el mercado interior de la electricidad, dispone que “[l]os 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”. Del mismo modo, el art. 3.3 de la Directiva 2009/73/CE, por la que se establecen normas comunes para el mercado interior del gas natural, y de modo paralelo a la electricidad, dispone que “[l]os 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 dichos clientes en períodos críticos”.

La trasposición de estas concretas y específicas previsiones de la normativa comunitaria tuvo lugar mediante el Real Decreto-ley 13/2012, de 30 de marzo, tal como se reconoce en su exposición de motivos. A esos efectos, y por lo que se refiere al sector eléctrico, la trasposición dio lugar a que se incluyeran los arts. 44.4 y 44.5 en la entonces vigente LSE 1997 y que, tras la aprobación de la LSE 2013, pasaron a ser los art. 45.1 y 43.3, respectivamente, con un contenido no modificado. En concreto, el entonces art. 44.5 LSE 1997 y ahora art. 43.3 LSE 2013 dispone que “[r]eglamentariamente se establecerán, por las Administraciones Públicas competentes, medidas de protección al consumidor que deberán recogerse en las condiciones contractuales para los contratos de suministro de los comercializadores con aquellos

consumidores que por sus características de consumo o condiciones de suministro requieran un tratamiento contractual específico”; y en el entonces art. 44.4 LSE 1997 y ahora art. 45.1 LSE 2013, en que se pretende dar concreta regulación a los “consumidores vulnerables”, que es el título de dicho precepto en la LSE 2103, se establece, en el párrafo primero, que “serán considerados como consumidores vulnerables los consumidores de electricidad que cumplan con las características sociales, de consumo y poder adquisitivo que se determinen. En todo caso, se circunscribirá a personas físicas en su vivienda habitual”; y, en el párrafo segundo, que “la definición de los consumidores vulnerables y los requisitos que deben cumplir, así como las medidas a adoptar para este colectivo, se determinarán reglamentariamente por el Gobierno”. Los restantes apartados regulan el bono social como una de las medidas de aplicación a los consumidores vulnerables. Por su parte, la disposición transitoria vigésima LSE 1997 y ahora disposición transitoria décima LSE 2013, “Consumidor vulnerable y bono social” establece la normativa transitoria de la aplicación del bono social hasta el desarrollo reglamentario del art. 45.1 LSE.

Hasta la fecha, y a pesar de la existencia de una remisión expresa, no existe ningún desarrollo reglamentario que incida sobre un concepto de consumidor vulnerable ni sobre las medidas “a adoptar” respecto de este colectivo, manteniéndose solo –y con carácter transitorio-- la previa normativa sobre el bono social. Así se ha admitido en declaraciones públicas por las autoridades en la materia.

Por su parte, en lo referido a la normativa gasista, la trasposición y desarrollo de la concreta previsión comunitaria respecto de consumidores vulnerables también fue afrontada por el Real Decreto Ley 13/2012, que fue el que dio nueva redacción al vigente art. 57.3 LSH, en que se establece que “el Ministro de Industria, Energía y Turismo podrá establecer condiciones específicas de suministro para determinados consumidores que, por sus características económicas, sociales o de suministro, tengan la consideración de clientes vulnerable”. Sin embargo, ninguna normativa de desarrollo reglamentario se ha establecido.

Por tanto, con este contexto normativo, parece que (i) si la normativa impugnada se refiere específicamente a la regulación del suministro domiciliario de energía a consumidores vulnerables por estar inmersos en una situación de pobreza energética y a las medidas que se deben adoptar en tales casos en el sentido de la Directiva 2009/72/CE, para el suministro eléctrico, y la Directiva 2009/73/CE, para el suministro de gas natural; y (ii) en el ámbito estatal la trasposición de esa normativa se produjo mediante el Real Decreto Ley 13/2012, dando lugar a la redacción de los artículos 43.3 y 45.1 LSE 2013 y art. 57.3 LSH, que no han sido desarrollados reglamentariamente; entonces (iii) no puede pretenderse que la normativa estatal

de contraste esté compuesta, como se pretende, a mi juicio erróneamente, por la opinión mayoritaria en la que se sustenta la sentencia, por un sistema cerrado y agotado basado en los ya citados arts. 43.3 y 45.1 LSE 2013 y art. 57.3 LSH, que no han sido desarrollados reglamentariamente, y que ni siquiera aportan una definición reconocible de consumidor vulnerable vinculado a una situación de pobreza energética.

6. No existe contradicción entre la normativa estatal y la regulación autonómica controvertida.

Continuando con mi cadena de hipótesis, incluso en el caso en que pudiera llegar a afirmarse que la regulación prevista en los arts. 43.3 y 45.1 LSE 2013 y art. 57.3 LSH, respecto de los consumidores vulnerables tuviera el carácter materialmente básico, sin embargo, tampoco podría concluirse que exista una contradicción normativa, pues la normativa autonómica sería el desarrollo de normas complementarias en materia de calidad del suministro vinculadas a situaciones de vulnerabilidad económica.

Como se ha expuesto, la LSE y la LSH, y su normativa de desarrollo reglamentario, no establecen una definición de consumidor vulnerable ni las medidas que deben adoptarse para atender a esas situaciones, especialmente, en los términos enunciados en las directivas comunitarias, las que tienen que ver con “periodos críticos”. Ese vacío regulatorio impide afirmar que la normativa autonómica controvertida puede ser contraria a una regulación inexistente por falta de desarrollo reglamentario.

De ese modo, aun considerando que esta normativa estatal pudiera tener la consideración de básica, si (i) hay una renuncia expresa a establecer ese desarrollo normativo por parte del Estado, y (ii) es una materia en la que, como ya se ha expuesto, existe una competencia compartida por referirse a la calidad del suministro, entonces (iii) la normativa autonómica podrá establecer una regulación propia que ocupe el espacio normativo abandonado por el Estado.

Por tanto, también tengo que discrepar con la conclusión de que existe una contradicción entre la normativa básica estatal y la regulación autonómica controvertida, ya que, por la tan citada renuncia estatal al establecimiento de un sistema de protección a consumidores vulnerables por estar inmersos en situaciones de pobreza energética al que le obliga la legislación energética, en el momento actual no puede hacerse un juicio de inconstitucionalidad de la normativa autonómica por falta de contraste con una norma estatal que incida sobre la misma materia a regular. Solo en el momento en que fuera desarrollada por la normativa estatal

ese sistema podría, en su caso, hacerse un juicio de contraste que conllevara una inconstitucionalidad sobrevenida de la normativa autonómica.

Madrid, a diecisiete de marzo de dos mil dieciséis.