|  |  |
| --- | --- |
| Auto | 269/2002 |
| Fecha | de 10 de diciembre de 2002 |
| Sala | Pleno |
| Magistrados | Don Manuel Jiménez de Parga y Cabrera, don Tomás Salvador Vives Antón, don Pablo García Manzano, don Pablo Cachón Villar, don Vicente Conde Martín de Hijas, don Guillermo Jiménez Sánchez, doña María Emilia Casas Baamonde, don Javier Delgado Barrio, doña Elisa Pérez Vera y don Roberto García-Calvo y Montiel. |
| Núm. de registro | 4244-2002 |
| Asunto | Recurso de inconstitucionalidad 4244-2002 |
| Fallo | Levantar la suspensión del Art. 16 de la Ley de la Comunidad Autónoma de Canarias 2/2002, de 27 de marzo, de establecimiento de normas tributarias y de medidas en materia de organización administrativa, de gestión, relativas al personal de la Comunidad  Autónoma de Canarias y de carácter sancionador. |

**AUTO**

**I. Antecedentes**

1. Mediante escrito presentado en el Registro de este Tribunal el día 8 de julio de 2002, el Abogado del Estado, en nombre del Presidente del Gobierno, presentó escrito de interposición de recurso de inconstitucionalidad contra el art. 16 y disposición adicional 6 de la Ley de la Comunidad Autónoma de Canarias 2/2002, de 27 de marzo, de establecimiento de normas tributarias y de medidas en materia de organización administrativa, de gestión, relativas al personal de la Comunidad Autónoma de Canarias y de carácter sancionador.

2. Por providencia de la Sección Cuarta de 16 de julio de 2002, se acuerda admitir a trámite el recurso de inconstitucionalidad, dar traslado de la demanda y documentos presentados, conforme al art. 34 LOTC, al Congreso de los Diputados y al Senado, así como al Gobierno y al Parlamento de Canarias, al objeto de que en el plazo de quince días puedan personarse en el proceso y formular alegaciones. También se acuerda tener por invocado por el Presidente del Gobierno el art. 161.2 CE, lo que produce la suspensión de la vigencia de los artículos impugnados y publicar la incoación del recurso y la suspensión acordada en el Boletín Oficial del Estado y en el de Canarias.

3. Mediante escrito registrado el día 26 de julio de 2002, el Abogado del Estado solicita del Tribunal que, de acuerdo con el escrito de interposición del recurso de inconstitucionalidad formalizado en su día, la suspensión derivada de la invocación del art. 161.2 CE se produzca exclusivamente en relación con el art. 16 de la Ley recurrida.

4. Por providencia de 30 de julio de 2002, la Sección Cuarta acuerda que la suspensión, ex art. 161.2 CE, alcance exclusivamente al art. 16 de la Ley 2/2002 de la Comunidad Autónoma de Canarias.

5. Mediante escrito registrado el día 31 de julio de 2002, la Presidenta del Congreso de los Diputados comunica al Tribunal que la Cámara, según acuerdo adoptado, no se personará en el procedimiento ni formulará alegaciones.

6. En escrito de 2 de septiembre de 2002, el Letrado-Secretario General del Parlamento de Canarias comunica al Tribunal que, en la representación que ostenta, se persona en el proceso y solicita del Tribunal la ampliación del plazo para formular sus alegaciones.

7. El día 3 de septiembre de 2002, la Directora General del Servicio Jurídico de Canarias comparece en el proceso y solicita ampliación del plazo para realizar sus alegaciones.

8. El Letrado-Secretario General del Parlamento de Canarias presenta en el Tribunal su escrito de alegaciones el día 7 de septiembre de 2002.

9. Por providencia de 10 de septiembre de 2002, la Sección Cuarta acuerda prorrogar en ocho días el plazo que para formular alegaciones se concedió en su momento a las representaciones procesales del Parlamento y del Gobierno de Canarias.

10. El día 25 de septiembre de 2002, la Directora General del Servicio Jurídico de Canarias, en representación del Gobierno de esta Comunidad Autónoma, presenta en el Registro del Tribunal sus alegaciones.

11. La Sección Cuarta, por providencia de 29 de octubre de 2002, acuerda que, antes de que finalice el plazo de cinco meses que señala el art. 161.2 de la Constitución desde que se produjo la suspensión previamente acordada, se oiga a las partes para que expongan, en el plazo de cinco días, lo que consideren conveniente sobre el mantenimiento o levantamiento de dicha suspensión.

12. El Abogado del Estado, mediante escrito registrado el día 6 de noviembre de 2002, presenta sus alegaciones correspondientes al incidente de mantenimiento o levantamiento de la suspensión.

A) En dicho escrito de alegaciones comienza señalando que la suspensión se ciñe al art. 16 de la Ley 2/2002, que añade un nuevo apartado a la disposición adicional 5 de la Ley canaria 11/1997, de 2 de diciembre, de regulación del sector eléctrico, precisando que algunos artículos de esta última Ley han sido impugnados en el recurso de inconstitucionalidad núm. 997/98, en el que se dictó el ATC 168/1998, de 14 de julio, que mantuvo la suspensión de algunos de los preceptos impugnados, siendo necesario partir de la doctrina allí contenida.

La disposición adicional 5 de la Ley canaria 11/1997 se ajustaba perfectamente a lo dispuesto en la legislación eléctrica general, puesto que la Ley 34/1998, de hidrocarburos, añadió un apartado 3 a la disposición adicional1 15 de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del sector eléctrico, reconociendo que la Comunidad Autónoma canaria era competente para determinar el gestor de la red. Sin embargo, el nuevo apartado añadido por el art. 16 de la Ley recurrida va más allá de esta competencia, pues atribuye a dicho gestor funciones que no le son propias, sino que corresponden a otra figura, el operador del sistema. Con ello se fusionan dos figuras que el legislador general ha querido que permanezcan separadas.

B) Es conocida la doctrina constitucional que señala que la simple colisión o contradicción entre la ley estatal y la autonómica no es razón, por sí sola, para mantener la suspensión. No obstante, cuando esta contradicción puede generar perturbaciones en el funcionamiento o financiación del sistema eléctrico nacional parece razonable que la norma autonómica se mantenga en suspenso hasta que se resuelva la pendencia constitucional. El principio constitucional de prevalencia podría ser rehabilitado a fin de que se reconozca a la ley estatal una más fuerte presunción de constitucionalidad que a la ley autonómica que la contradiga, de modo que se mantenga la suspensión de esta última cuando se acredite el riesgo de perturbación a que se ha aludido.

C) A continuación, el Abogado del Estado concreta las perturbaciones que sufriría el sistema eléctrico si se levantara la suspensión del art. 16 de la Ley recurrida.

De acuerdo con el art. 16.5 de la Ley 54/1997, la operación del sistema eléctrico es un coste permanente de funcionamiento que se sufraga con cargo a la tarifa eléctrica (art. 17.1 de la Ley 54/1997), única para toda España. Si la suspensión se levanta, el gestor-operador canario quedará legitimado para reclamar que se retribuya a través de la tarifa eléctrica los costes propios de su actividad, no ya como gestor sino como operador del subsistema eléctrico canario, costes que lo serían del sistema eléctrico nacional sufragados por los consumidores de energía eléctrica en toda España. La situación sería difícilmente reversible si se declarara la inconstitucionalidad del art. 16. El ATC 168/1998 mantuvo la suspensión de ciertos preceptos de la Ley canaria 11/1997 porque suponían "incrementos de coste para el conjunto del sistema" que debían trasladarse a todos los consumidores nacionales. Lo mismo ocurre en este caso.

Además de lo expuesto, continua aduciendo el Abogado del Estado, el gestor-operador canario podría establecer instrucciones de operación de transporte en tiempo real y presentar a la Comunidad para su aprobación, los procedimientos de operación de carácter técnico e instrumental (números 15 y 16 del apartado 2 de la disposición adicional 5 de la Ley 11/1997, introducida por el art. 16 de la Ley 2/2002). Ello podría producir una doble posibilidad práctica de operar redes d e transporte: o aplicando la normativa estatal o la autonómica, no sabiendo a cuál de ambos procedimientos habría que atenerse, traduciéndose en una amenaza para la continuidad, seguridad y calidad del suministro eléctrico en Canarias. Ello sería extensible a otras funciones, generando situaciones de duplicación que sólo pueden evitarse garantizando que sea un solo operador quien ejerza sus funciones.

Por todo ello, el Abogado del Estado solicita al Tribunal que se mantenga la suspensión del art. 16 de la Ley canaria 2/2002.

13. El día 13 de noviembre de 2002 presenta en el Tribunal sus alegaciones sobre el incidente de levantamiento de la suspensión el Letrado del Parlamento de Canarias, que a continuación se sintetizan.

Tras reproducir el art. 16 de la Ley 2/2002, cuyo levantamiento o mantenimiento de la suspensión se debate en este trámite, se refiere a la doctrina constitucional sobre los aspectos que han de ser ponderados, aludiendo a que han de valorarse los intereses, públicos o privados, que se encuentran afectados, así como los perjuicios de imposible o difícil reparación que se derivarían de cada una de aquellas dos opciones, para lo cual han de examinarse las situaciones de hecho, debiendo ser el Gobierno de la Nación quien asuma la carga de tal justificación, debiendo tenerse en cuenta en todo caso que las normas autonómicas han de gozar de presunción de legitimidad (AATC 252/2001 y 3034/2001, con cita de otros).

El Letrado del Parlamento de Canarias manifiesta seguidamente que para examinar la situación que se plantea en este caso no puede partirse de la consideración de un sistema eléctrico unificado para la totalidad del territorio nacional, pues ello no se aviene con las competencias asumidas por la Comunidad Autónoma ni tampoco con el modelo de la propia Ley estatal 54/1997, en la medida en que el propio art. 12 de esta última reconoce la desconexión de los sistemas eléctricos insulares del peninsular, disponiendo, sin embargo, una determinada vinculación económica a efectos de retribución de la producción, transporte y distribución de la energía, que presentan unos altos costes en los sistemas insulares. Sin embargo, este hecho no puede suponer un desapoderamiento de las competencias autonómicas.

El Letrado de la Comunidad Autónoma considera evidente que la refundición en un único agente regulador de las funciones asignadas a dos figuras en el resto del territorio nacional no supone, por sí misma, una perturbación del sistema eléctrico español, pareciendo, por el contrario, que la concepción unitaria se compadece mejor con las magnitudes limitadas del sistema insular. En cualquier caso, pretender que las decisiones que las autoridades canarias pudieran adoptar han de tener repercusión a nivel estatal constituye una eventualidad problemática, no contrastada, que no puede bloquear la regulación adoptada por el Parlamento de Canarias (ATC 168/1998).

De la lectura de los arts. 34 y 35 de la Ley 54/1997 del Sistema Eléctrico, y, en su conexión, de su art. 12 y disposición adicional 15, se desprende que los sistemas peninsular e insulares no están conectados. El art. 35.1 de la Ley 54/1997 evidencia la desconexión de la red peninsular de transporte en cuanto a los sistemas extrapeninsulares. El repaso, de otro lado, de las funciones del operador del Sistema denota que dichas funciones no se refieren a un sistema como el canario, que no tiene reservas hidroeléctricas ni interconexiones internacionales.

Por último, el Letrado del Parlamento canario aduce que la propia Ley del Sistema Eléctrico prevé en su disposición adicional 15.3 que la Comunidad Autónoma pueda determinar en los territorios insulares el gestor o gestores de la correspondiente red, lo cual permite no diferenciar entre las figuras del gestor y del operador, pues est último es también un gestor, precisamente, el gestor técnico del sistema.

El representante del Parlamento canario termina su alegato solicitando que se levante la suspensión del art. 16 de la Ley recurrida.

14. Con fecha 20 de noviembre de 2002, la Directora del Servicio Jurídico del Gobierno de Canarias presenta sus alegaciones relativas al incidente de mantenimiento o levantamiento de la suspensión.

En dichas alegaciones, reproduce en primer lugar, la doctrina de este Tribunal relativa a que corresponde al Gobierno de la Nación acreditar que el levantamiento de la suspensión de las normas autonómicas recurridas genera perjuicios irreparables para los intereses generales o particulares, sin que pueda servir como argumento para el mantenimiento de la suspensión el hecho de que la vigencia de aquéllas diera lugar a la existencia de dos normativas diferenciadas, la estatal y la autonómica, pues ello es consustancial a los procesos en los que lo que está en cuestión es una controversia de alcance competencial.

A continuación manifiesta que el recurso del Estado sostiene que el precepto impugnado no respeta el régimen básico de la legislación estatal al atribuir al gestor de la red de transporte funciones que en dicho régimen corresponden al operador del sistema. Por ello, deduce que los perjuicios que el Abogado del Estado impute a la aplicación de la ley canaria se relacionarán con la integración de ambas funciones realizada por la ley canaria.

Sin embargo, el representante de la Comunidad Autónoma rechaza esta posibilidad con el argumento de que la distinción de funciones de la ley estatal es meramente formal puesto que la Disposición transitoria novena de la Ley 54/1997 atribuye a Red Eléctrica de España, Sociedad Anónima, el ejercicio de las mismas, por lo que en el modelo de dicha ley las funciones del gestor de la red de transporte y de operador del sistema se ejercen por la misma persona, al igual que ocurre con la previsión de la ley canaria, de modo que la vigencia del precepto suspendido no altera el modo en que se desenvuelve en la práctica el modelo del sistema eléctrico diseñado por el Estado.

Complementariamente, la representación del Gobierno canario señala que la singularidad geográfica de los territorios insulares y extrapeninsulares demanda un régimen diferenciado porque los grupos generadores y los clientes o consumidores situados en los territorios insulares no pueden participar en el mercado de comercialización de la electricidad producida en la Península al existir una imposibilidad técnica de transferir la energía generada en un sistema al otro. Así, al día de hoy, al no existir la conexión física, el tendido entre la Península y Canarias es inviable técnica y económicamente. Ello determina la imposibilidad de imponer la figura del operador del sistema del modo en que se concibe en la legislación estatal, pues la energía eléctrica que se consume en Canarias ha sido generada en cada isla, de modo que esta circunstancia hace que no pueda hablarse de un único sistema eléctrico canario, sino de seis sistemas independientes, imposibles de conectar entre sí, y de reducida dimensión. Por esta razón, en el archipiélago únicamente puede considerarse que exista una red de transporte de ámbito insular en Lanzarote, Fuerteventura, Gran Canaria y Tenerife, mientras que en La Palma, La Gomera y El Hierro no existen dichas instalaciones de transporte, como consecuencia de la escasa separación física entre la generación y los puntos de consumo. En conclusión, el representante del Gobierno canario considera inútil la creación de uno o varios operadores de mercado en Canarias o la extensión al archipiélago de las funciones del operador del mercado para el sistema peninsular, y lo propio ocurre respecto del operador del sistema.

Por todo ello, y partiendo de la presunción de legitimidad que debe reconocerse a la Ley recurrida, solicita el levantamiento de la suspensión del precepto impugnado.

##### II. Fundamentos jurídicos

1. El objeto de esta resolución es determinar, de acuerdo con el art. 161.2 CE, si procede mantener o levantar la suspensión de la vigencia que afecta al. art. 16 de la Ley de la Comunidad Autónoma de Canarias 2/2002, de 27 de marzo, de establecimiento de normas tributarias y de medidas en materia de organización administrativa, de gestión, relativas al personal de la Comunidad Autónoma de Canarias y de carácter sancionador.

2. Sobre este tipo de incidentes de suspensión existe una consolidada doctrina constitucional, según la cual para su resolución es necesario ponderar, de un lado, los intereses que se encuentren implicados, tanto el general y público, como el particular o privado de las personas afectadas, y, de otro, los perjuicios de imposible o difícil reparación que se irrogan del mantenimiento o levantamiento de la suspensión. Esta valoración debe efectuarse mediante el estricto examen de las situaciones de hecho creadas y al margen de la viabilidad de las pretensiones que se formulan en la demanda. En este sentido, ha de recordarse que el mantenimiento de la suspensión requiere que el Gobierno, a quien se debe la iniciativa, no sólo invoque la existencia de aquellos perjuicios, sino que "es preciso demostrar o, al menos, razonar consistentemente su procedencia y la imposible o difícil reparación de los mismos, ya que debe partirse en principio de la existencia de una presunción de constitucionalidad a favor de las normas o actos objeto de conflicto (AATC 472/1988, 589/1988, 285/1990, 266/1994, 267/1994, 39/1995 y 156/1996, entre otros)" (ATC 100/2002, de 5 de junio, FJ 2).

3. El primer argumento del Abogado del Estado para solicitar el mantenimiento de la suspensión del art. 16.2 de la Ley 2/2002, según se expone con más detalle en el antecedente duodécimo, radica en que, de acuerdo con el art. 16.5 de la Ley 54/1997, las funciones de operación del sistema eléctrico constituyen un coste permanente de funcionamiento que se sufragan con cargo a la tarifa eléctrica (art. 17.1 de la Ley 54/1997), de modo que, si se levanta la suspensión, los costes propios de la actividad del gestor-operador canario podrán incluirse en la tarifa, no ya como costes de la actividad de gestión sino como costes de la de operador, convirtiéndose así en costes del sistema eléctrico nacional que deberían ser sufragados por los consumidores de energía eléctrica de toda España, siendo ello irreversible, en caso de inconstitucionalidad del precepto, pues los costes se habrían incorporado a tarifas ya pagadas en el pasado.

Por tanto, debe aplicarse el criterio del ATC 168/1998 que mantuvo la suspensión de algunos preceptos de la Ley canaria 11/1997 porque conllevaban incrementos de costes que se trasladaban a todos los consumidores nacionales.

Este criterio no puede prosperar. El Abogado del Estado sustenta su argumentación en que la Ley 34/1998, de Hidrocarburos, adicionó un nuevo apartado a la disposición adicional 15 de la Ley 54/1997, del sector eléctrico, reconociendo que la Comunidad Autónoma canaria es competente para determinar el gestor de la red de transporte, pero que la ley canaria ha ido más allá al asignar a dicha figura funciones propias del operador del Sistema.

Pues bien, debe establecerse una doble precisión. De un lado, que lo que la antes citada Ley 34/1998, de Hidrocarburos ha previsto en su disposición adicional 17, que incorpora una nueva disposición adicional 15 a la Ley 54/1997, es que "la determinación del gestor o gestores, de la red de las zonas eléctricas ubicadas en territorios insulares y extrapeninsulares corresponderá a la respectiva Administración autonómica". Y de otro, que de la lectura de los arts. 32, 33, 34 y 35 de la Ley 54/1997 se aprecia que se configuran tres gestores del Sistema: el gestor económico (operador del mercado), el gestor técnico (operador del sistema) y el gestor de transporte.

Por tanto, teniendo en cuenta que la mera discrepancia competencial acerca del alcance de la facultad de nombramiento del gestor o gestores por la Comunidad Autónoma o sobre la prestación conjunta de ambas funciones de gestión no pueden ser valoradas aquí, al formar parte del objeto de debate de fondo en este procedimiento, y aunque, ciertamente, el art. 16.5 de la Ley 54/1997 prevé que "tendrán la consideración de costes permanentes de funcionamiento del sistema", entre otros conceptos, los "reconocidos al operador del sistema y al operador del mercado", lo cierto es que dichos costes habrán necesariamente de producirse tanto en caso de que las actividades que los sustentan sean prestadas para el territorio autonómico de modo separado a las de gestión de la red de transporte, como si son prestadas de manera conjunta con estas últimas. Y puesto que nada ha aducido el Abogado del Estado acerca de que la integración, en sí misma, de ambas actividades de operación y gestión de la red de transporte haya de encarecer la función concreta de operación, debemos concluir que no se ha acreditado suficientemente que se produzca como consecuencia del levantamiento de la suspensión del precepto un encarecimiento de costes trasladable a la tarifa y, por ende, a todos los consumidores, máxime, cuando, como señala la representación del Parlamento canario, la propia Ley estatal 54/1997 ha atribuido ambas funciones a un solo sujeto. Por esta razón, la mera hipótesis de que pueda producirse un incremento de la tarifa eléctrica no puede prevalecer sobre la presunción de legitimidad de la norma autonómica, por lo que el argumento examinado no justifica el mantenimiento de la suspensión del art. 16 de la Ley 2/2002.

5. El segundo argumento del Abogado del Estado se concreta en afirmar que el gestor- operador canario tendría, entre las funciones que le están atribuidas, las de establecer instrucciones de operación de la red de transporte en tiempo real y la de presentar para su aprobación por la Comunidad Autónoma los procedimientos de operación de carácter técnico e instrumental necesarios (números 15 y 16 de la disposición adicional 5, apartado 2, de la Ley 11/1997, introducida por el artículo recurrido). Ello supondría la doble posibilidad de que se aplicara en Canarias, o bien la normativa de operación estatal o la autonómica, produciéndose una concurrencia de normas que constituye un riesgo para la continuidad, seguridad y calidad del suministro.

Estos argumentos tampoco pueden determinar el mantenimiento de la suspensión del artículo recurrido. Ya hemos afirmado que en los procesos en los que se debate una discrepancia de naturaleza competencial la existencia de una dualidad de regulaciones es consustancial a la discrepancia misma, por lo que debería suspenderse siempre la norma autonómica si el canon de decisión estuviera determinado por la constatación de la doble legislación, lo que nos ha llevado a rechazar con reiteración el criterio así expresado, salvo que se constate que ello trae consigo perjuicios relevantes y no remediables.

Pues bien, en este caso debe partirse de que las dos funciones expuestas por el Abogado del Estado son, efectivamente, funciones del operador del sistema según la normativa estatal (art. 34.2 d) de la Ley 54/1997 y art. 31 del Real Decreto 2019/1997, de 26 de diciembre, por el que se regula el mercado de producción de energía eléctrica). Es claro que ambas funciones se encuentran, por tanto, en ambas normativas, estatal y autonómica, pero nada se dice en ninguna de ellas acerca de su contenido o prescripciones concretas, de modo que nada se puede aventurar acerca de los perjuicios que puedan derivarse de su puesta en marcha en el futuro. En suma, los perjuicios son, también desde esta perspectiva, inciertos y meramente hipotéticos, por lo que su invocación no puede determinar la suspensión de un precepto legal que se conecta al interés general que subyace en la aplicación de la ley canaria.

Por todo lo expuesto, la Sala

ACUERDA

Levantar la suspensión del Art. 16 de la Ley de la Comunidad Autónoma de Canarias 2/2002, de 27 de marzo, de establecimiento de normas tributarias y de medidas en materia de organización administrativa, de gestión, relativas al personal de la Comunidad

Autónoma de Canarias y de carácter sancionador.

Madrid, a diez de diciembre de dos mil dos.