|  |  |
| --- | --- |
| Auto | 205/2014 |
| Fecha | de 22 de julio de 2014 |
| Sala | Pleno |
| Magistrados | Don Francisco Pérez de los Cobos Orihuel, doña Adela Asua Batarrita, don Luis Ignacio Ortega Álvarez, doña Encarnación Roca Trías, don Andrés Ollero Tassara, don Fernando Valdés Dal-Ré, don Juan José González Rivas, don Santiago Martínez-Vares García, don Juan Antonio Xiol Ríos, don Pedro José González-Trevijano Sánchez, don Ricardo Enríquez Sancho y don Antonio Narváez Rodríguez. |
| Núm. de registro | 1424-2014 |
| Asunto | Recurso de inconstitucionalidad 1424-2014 |
| Fallo | Levantar la suspensión de los arts. 1; 2.2 b), c) y d); 5.3; 5.5; 5.6; 5.7; 6.2; 7.2; 8; 12.2; 12.3; 12.4; 13; 14.1 a), b) y c); 14.2; 15.2 a), b), d), f), g) y h); 15.3; 17.1; 17.2; 18; 19.2 a) y c); título V, disposiciones adicional primera y transitoria primera de la Ley 3/2013, de 20 de mayo, de impulso y ordenación de las infraestructuras de telecomunicaciones de Galicia. |

**AUTO**

**I. Antecedentes**

1. Mediante escrito presentado en el Registro General de este Tribunal el día 7 marzo de 2014, el Abogado del Estado, en representación del Presidente del Gobierno, interpuso recurso de inconstitucionalidad contra los arts. 1; 2.2 b), c) y d); 5.3; 5.5; 5.6; 5.7; 6.2; 7.2; 8; 12.2; 12.3; 12.4; 13; 14.1 a), b) y c); 14.2; 15.2 a), b), d), f), g) y h); 15.3; 17.1; 17.2; 18; 19.2 a) y c); título V, disposición adicional primera y disposición transitoria primera de la ley 3/2013, de 20 de mayo, de impulso y ordenación de las telecomunicaciones de Galicia.

El Abogado del Estado invocó el art. 161.2 CE, en relación con el art. 30 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC), a fin de que se produjese la suspensión de la Ley recurrida.

2. El Pleno del Tribunal Constitucional, por providencia de 8 de abril de 2014, acordó admitir a trámite el recurso de inconstitucionalidad, dar traslado de la demanda y documentos presentados, conforme establece el art. 34 LOTC, al Congreso de los Diputados y al Senado, así como a la Xunta de Galicia y al Parlamento de Galicia, por conducto de sus presidentes, al objeto de que en el plazo de quince días pudieran personarse en el proceso y formular las alegaciones que estimaren convenientes. Asimismo, se acordó tener por invocado el art. 161.2 CE, lo que, conforme dispone el art. 30 LOTC, produce la suspensión de la vigencia y aplicación de la Ley impugnada desde la fecha de interposición del recurso para las partes del proceso —7 de marzo de 2014— y desde el día en que aparezca publicada la suspensión en el “Boletín Oficial del Estado” para los terceros. Por último, también se ordenó publicar la incoación del recurso en el “Boletín Oficial del Estado” (publicación que tuvo lugar el 12 de abril de 2014) y en el “Diario Oficial de Galicia”.

3. Por escrito registrado en este Tribunal el 21 de abril de 2014, el Letrado de la Xunta de Galicia, en nombre y representación de la Xunta de Galicia, se personó en este proceso constitucional e interesó una prórroga del plazo para formular alegaciones.

4. El Letrado oficial mayor del Parlamento de Galicia, en nombre y representación de la Cámara, solicitó una prórroga del plazo para presentar alegaciones.

5. Por providencia de 22 de abril de 2014 el Pleno del Tribunal acordó tener por personado al Letrado de la Xunta de Galicia y al Letrado oficial mayor del Parlamento de Galicia en nombre de la Xunta y del Parlamento de Galicia respectivamente y prorrogarles en ocho días más el plazo concedido para formular alegaciones.

6. Por escrito registrado en el Tribunal Constitucional el 23 de abril de 2014 el Presidente del Senado comunicó que la mesa de esa Cámara, en su reunión de 22 de abril de 2014, había acordado personarse en este procedimiento y ofrecer su colaboración a los efectos del art. 88.1 LOTC.

7. El Presidente del Congreso de los Diputados, a través del escrito registrado en este Tribunal el 25 de abril de 2014, comunicó que la Mesa de esa Cámara, en su reunión de 22 de abril, había acordado personarse en este procedimiento y ofrecer su colaboración a los efectos del art. 88.1 LOTC.

8. El Letrado oficial mayor del Parlamento de Galicia, en la representación del Parlamento de Galicia, presentó su escrito de alegaciones el 16 de mayo de 2014, interesando la desestimación del presente recurso de inconstitucionalidad. También solicitó el levantamiento anticipado de la suspensión acordada en virtud de lo previsto en el art. 161.2 CE.

9. El Letrado de la Xunta de Galicia, en nombre y representación de la misma, presentó su escrito de alegaciones el 21 de mayo de 2014, solicitando también la desestimación del recurso de inconstitucionalidad. De igual modo solicitó el levantamiento anticipado de la suspensión acordada en virtud de lo previsto en el art. 161.2 CE.

10. El Pleno, por providencia de 22 de mayo de 2014, acordó incorporar a los autos los escritos de alegaciones que formulan los Letrados del Parlamento de Galicia y de la Xunta de Galicia, en representación de dicho Parlamento y Gobierno, y otorgó a las partes personadas —Abogado del Estado, Parlamento de Galicia y Xunta de Galicia— un plazo de cinco días para que expusieran lo que considerasen conveniente acerca del mantenimiento o levantamiento de la suspensión.

11. El Abogado del Estado, por escrito registrado en este Tribunal el 2 de junio de 2014, formuló alegaciones y solicitó el mantenimiento de la suspensión de los preceptos impugnados en el presente recurso de inconstitucionalidad. Tras exponer la doctrina constitucional establecida en relación con los incidentes de suspensión pone de manifiesto que el mercado de las telecomunicaciones es un mercado de dimensión comunitaria donde las legislaciones de los distintos Estados están armonizadas y coordinadas para posibilitar el funcionamiento de un mercado único, eficiente, armónico y seguro. Por ello aduce que cualquier alteración o duplicación normativa que genere sobre el mercado fraccionamiento, duplicación, alteración o intervención, tendrá una relevancia directa sobre la calidad y coste del servicio. Se alega también que en el mercado de las telecomunicaciones el interés particular coincide con el de los operadores pues solo mediante el adecuado funcionamiento de este mercado el consumidor va a recibir un servicio de calidad al mínimo coste. Se pone de manifiesto, además, la importancia que tiene la seguridad jurídica para el correcto funcionamiento del mercado y que la existencia de dos regulaciones paralelas perturba su buen funcionamiento. A su juicio, este motivo sería suficiente para mantener la suspensión de la norma impugnada.

Por otra parte, se afirma que en el mercado de las telecomunicaciones cada operador despliega su red o se sirve de las redes desplegadas por otros en las condiciones que libremente se acuerden y por ello considera que la igualdad en las condiciones de acceso a las redes es condición sine qua non para que el mercado funcione. De ahí que considere que las medidas que restrinjan, potencien, favorezcan, condicionen o limiten el acceso a las redes, por muy loables que sean están alterando el mercado y por ello entiende que la intervención de la Comunidad Autónoma en el despliegue de infraestructura es tan intensa que altera el mercado único de las telecomunicaciones. Según el Abogado del Estado, la Ley gallega, al imponer determinadas obligaciones a los operadores o permitir que la comunidad autónoma se las pueda imponer, quiebra por completo el mercado, pues altera los cálculos de inversión en infraestructuras y en prestación de servicios de los operadores.

Sostiene también el representante del Gobierno de la Nación que la Ley impugnada impone determinadas obligaciones de acceso al por mayor de los operadores que altera el mercado. Esta alteración del funcionamiento del mercado se produce también como consecuencia de la regulación que establece la Ley impugnada de la coubicación, pues considera que esta norma restringe severamente la libertad de los operadores para la adopción de acuerdos sobre ubicación y les impone una solución externa que, además, no se ajusta a criterios que se encuentren precisados en la ley, lo que crea incertidumbre, y la inseguridad que produce altera, en su opinión, irreparablemente las reglas del mercado. También considera que altera las reglas del mercado la mera posibilidad de que la regulación impugnada pueda alterar la neutralidad tecnológica, pues la mera posibilidad de que la Comunidad Autónoma con esta Ley pueda inclinarse hacia la imposición, promoción, desincentivación o elección de una determinada tecnología puede dar lugar a una alteración del funcionamiento del mercado.

Se alude, por último, al régimen sancionador. El Abogado del Estado entiende que la coexistencia de dos regímenes sancionadores puede quebrar la seguridad jurídica.

El Abogado del Estado aporta un informe de la Dirección General de Telecomunicaciones y Tecnologías de la Información sobre los perjuicios que podrían irrogarse como consecuencia del levantamiento de la suspensión de la Ley impugnada en este proceso de inconstitucionalidad. Los perjuicios que según este informe podrían ocasionarse son los mismos que los que el Abogado del Estado aduce en sus alegaciones.

12. El Letrado de la Xunta de Galicia expone, en primer lugar, la doctrina constitucional establecida en relación con este tipo de incidentes. Aduce también que el mantenimiento de la suspensión no puede fundamentarse en la libertad de mercado y en la ausencia de intervención pública en este ámbito, pues en Galicia, dada su elevada dispersión poblacional —el 90 por 100 de sus núcleos urbanos tienen menos de 100 habitantes— y su compleja orografía justifican una regulación en materia de ordenación del territorio que pueda crear unas condiciones mejores para los operadores y que, además, va a garantizar que el establecimiento de estas infraestructuras se efectúe de forma ordenada y eficiente minimizando el impacto ambiental, visual y urbanístico que puede llevar su implantación en el territorio. Efectuadas estas consideraciones generales el Letrado de la Xunta analiza cada uno de los preceptos impugnados y justifica que la eficacia de los mismos no puede ocasionar daños o perjuicios irreparables y por ello solicita el levantamiento de la suspensión.

13. El Letrado oficial mayor del Parlamento Gallego presentó su escrito de alegaciones el 5 de junio de 2014. Comienza su escrito exponiendo la doctrina constitucional establecida en esta materia. También pone de manifiesto que la presunción de constitucionalidad de la Ley impugnada, en cuanto expresión de la voluntad popular, exige que solo pueda acordarse el mantenimiento de la suspensión si el Abogado del Estado justifica que la eficacia de la norma ocasiona perjuicios de imposible o difícil reparación.

Se alega, por otra parte, que el mantenimiento de la suspensión hasta que se adopte la decisión de fondo impediría a la Comunidad Autónoma de Galicia ejercer sus competencias. En concreto alude a las competencias que, de acuerdo con las bases y ordenación de la actuación económica general y la política económica del Estado, y con respeto de lo dispuesto en los art. 38, 131, 149.1.11 y 13 CE, le corresponden a Galicia en virtud de lo establecido en el art. 30.I.1 del Estatuto de Autonomía para Galicia (EAG), en materia de fomento y planificación de la actividad económica de esta Comunidad Autónoma; a las competencias asumidas en materia de urbanismo (27.3 EAG) y la competencia compartida con el Estado en materia de sanidad (art. 33.1 EAG) y medio ambiente (art. 27.30 EAG)

Efectuadas estas consideraciones generales el Letrado del Parlamento gallego analiza cada uno de los preceptos impugnados y expone las razones por las que considera que debe levantarse la suspensión de la eficacia.

##### II. Fundamentos jurídicos

1. El objeto de la presente resolución consiste en determinar si procede levantar o mantener la suspensión de la eficacia de los arts. 1; 2.2 b), c) y d); 5.3; 5.5; 5.6; 5.7; 6.2; 7.2; 8; 12.2; 12.3; 12.4; 13; 14.1 a), b) y c); 14.2; 15.2 a), b), d), f), g) y h); 15.3; 17.1; 17.2; 18; 19.2 a) y c); título V, disposición adicional primera y disposición transitoria primera de la ley 3/2013, de 20 de mayo, de impulso y ordenación de las telecomunicaciones de Galicia, que se encuentran suspendidos en su aplicación como consecuencia de la invocación del art. 161.2 CE en el recurso de inconstitucionalidad promovido contra los mismos por el Presidente del Gobierno.

2. De acuerdo con la doctrina reiterada de este Tribunal para decidir acerca del mantenimiento o levantamiento de la suspensión es necesario, como declara entre otros muchos el ATC 157/2013, de 11 de julio, FJ 2, “ponderar, de un lado, los intereses que se encuentran concernidos, tanto el general y público como, en su caso, el particular o privado de las personas afectadas y, de otro, los perjuicios de imposible o difícil reparación que puedan derivarse del mantenimiento o levantamiento de la suspensión. Igualmente, hemos destacado que 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. Asimismo, este Tribunal ha precisado 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 igualmente necesario 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”.

Resulta, por tanto, que como declara el citado ATC 157/2013 “lo que en este incidente se trata es de dilucidar si los perjuicios que han sido alegados por el Abogado del Estado, tienen la gravedad y consistencia necesarias como para prevalecer sobre la presunción de legitimidad de la Ley vasca y los intereses que se vinculan a su aplicación efectiva”. Por ello, como reiteradamente ha afirmado este Tribunal (entre otros muchos, ATC 114/2014, de 8 de abril) “de lo que en este incidente se trata no es de vindicar o defender la titularidad de la competencia discutida, sino de alegar y acreditar los perjuicios irreparables o de difícil reparación que se producirían, en concreto, por la vigencia de los preceptos impugnados durante el tiempo que dure el proceso constitucional (ATC 75/2010, de 30 de junio, FJ 2)”.

3. Como se ha expuesto en los antecedentes, el Abogado del Estado considera que los preceptos impugnados pueden alterar el correcto funcionamiento del mercado de las telecomunicaciones. Se aduce, en primer lugar, que este mercado, al tener una dimensión comunitaria, exige que las legislaciones de los distintos Estados estén armonizadas y coordinadas y por ello considera que la mera existencia de una duplicación normativa va a incidir desfavorablemente en el mercado de las telecomunicaciones. A su juicio, la simple existencia de dos regulaciones diferentes contradice las exigencias de seguridad jurídica, principio que, en su opinión, es esencial en el mercado de las telecomunicaciones y por ello considera que este motivo sería suficiente para mantener la suspensión de los preceptos impugnados.

Esta alegación no puede prosperar. Como ha declarado reiteradamente este Tribunal, “los daños que pudieran ocasionarse a la seguridad jurídica ‘son una consecuencia inherente a toda situación de pendencia de un recurso de inconstitucionalidad y consustanciales, por tanto, al funcionamiento del Estado de las Autonomías y a la coexistencia del ordenamiento estatal con los ordenamientos autonómicos, de manera que, desde este simple ángulo de enfoque, la suspensión de las normas impugnadas por motivos competenciales, como es el presente caso, sería siempre necesaria en la medida en que en los conflictos de dicha naturaleza concurra una duplicidad de normas. Pero de lo que se trata en este trámite no es de defender la seguridad jurídica con argumentos que pueden valer para cualesquiera impugnaciones, sino de alegar y acreditar los perjuicios irreparables o de difícil reparación que se producirían, en concreto, por la vigencia de los preceptos impugnados durante todo el tiempo que dure el proceso constitucional” (ATC 60/2013, de 26 de febrero, FJ 5). De ahí que, en contra de lo que sostiene el Abogado del Estado, la mera existencia de dos regulaciones diferentes no puede justificar el mantenimiento de la suspensión, si no se pone de manifiesto qué perjuicios de imposible o difícil reparación pueden producirse como consecuencia de esa duplicidad normativa.

4. El Abogado del Estado aduce también que la eficacia de la regulación impugnada otorgaría a la Administración autonómica un papel relevante en el despliegue de las infraestructuras. Por otra parte sostiene que esta regulación conlleva el establecimiento de una serie de obligaciones que afectan al acceso y a la prestación del servicio, por lo que la eficacia de los preceptos impugnados supondría que en Galicia los operadores de telecomunicaciones tendrían unas condiciones más gravosas que en el resto del Estado. Alega además que la regulación que contiene la Ley impugnada sobre el uso compartido de las infraestructuras restringe la libertad de los operadores para la adopción de acuerdos sobre coubicación y les impone una solución externa sujeta a criterios que no se encuentran precisados en la Ley y también considera que la sola posibilidad de que la Comunidad Autónoma pueda favorecer una determinada tecnología puede tener una influencia decisiva en el mercado. De todo ello concluye que la eficacia de los preceptos impugnados puede conllevar una quiebra del mercado de las telecomunicaciones.

Ninguna de las razones expuestas pone de manifiesto que la eficacia de los preceptos impugnados puede ocasionar perjuicios de imposible o difícil reparación. El Abogado del Estado se limita a alegar, de modo genérico, sin efectuar un análisis pormenorizado de cada uno de los artículos impugnados, que el levantamiento de la suspensión de los preceptos recurridos puede conllevar una alteración del funcionamiento del mercado pero en modo alguno argumenta que tal alteración pueda ocasionar unos perjuicios irreparables ni al interés general ni al interés de los particulares afectados. Y este mismo reproche ha de hacerse al informe elaborado por la Dirección General de telecomunicaciones y tecnologías de la información, pues aunque en este informe se alude a las alteraciones en la libre competencia que, según se sostiene, puede ocasionar la vigencia de los preceptos recurridos, no se expone, en cambio, los perjuicios concretos que tales alteraciones pueden ocasionar en el mercado de las telecomunicaciones. En este informe, aunque se alude a los perjuicios que la eficacia de los preceptos impugnados pueden originar, se analiza esta cuestión desde una perspectiva abstracta —la perturbación que las medidas previstas en los mismos puede ocasionar en el funcionamiento del mercado de las telecomunicaciones—, pero no se razona suficientemente, a partir de las situaciones concretas que podrían producirse, sobre los perjuicios irreparables que puede ocasionar el levantamiento la suspensión de cada uno de los preceptos impugnados.

Por otra parte, los perjuicios aludidos, de producirse, al tener los mismos su origen en medidas que, según se aduce, son restrictivas de la libre competencia, afectarían directamente a los operadores y solo indirectamente a los usuarios. De ahí que en relación con los daños que las previsiones legales impugnadas pudieran ocasionar a los operadores, al tratarse de daños económicos, si tales daños se produjeran podrían ser indemnizados (entre otros muchos, ATC 175/2002, de 1 de octubre, FJ 4).

Por lo que se refiere a los daños que la eficacia de los preceptos impugnados puede causar a los usuarios, al no haber concretado el Abogado del Estado qué perjuicios irreparables puede originar en el normal funcionamiento del mercado la eficacia de los mismos, que es, según ha sostenido reiteradamente este Tribunal, a quien le incumbe la carga de acreditarlos o, al menos de argumentar suficientemente su existencia, no procede acceder por estos motivos al mantenimiento de la suspensión solicitada.

5. Tampoco puede justificar el mantenimiento de la suspensión que algunos de los preceptos impugnados, los previstos en el título V de la Ley recurrida, establezcan un régimen sancionador. Como se ha afirmado, de acuerdo con la doctrina de este Tribunal, la existencia de dos normativas diferentes, una estatal y otra autonómica, no puede fundamentar el mantenimiento de la suspensión si no se pone de manifiesto qué perjuicios de imposible o difícil reparación pueden producirse como consecuencia de esa duplicidad normativa; doctrina que se ha considerado aplicable también a los supuestos en los que estas normativas establecían un régimen sancionador (entre otros muchos, ATC 247/2008, de 24 de julio, FJ 7). En el presente caso el Abogado del Estado no cumple esta exigencia, pues se limita a aducir que la existencia del régimen sancionador previsto en la Ley impugnada quiebra “por completo el mercado”, pero no argumenta por qué el régimen sancionador previsto en el título V de la Ley 3/2003 produce este efecto.

Por todo ello, al no haberse acreditado, ni siquiera argumentado consistentemente, los perjuicios de imposible o difícil reparación que se producirían como consecuencia de la eficacia de los preceptos legales impugnados, la presunción de constitucionalidad de la Ley determina que deba levantarse la suspensión.

Por todo lo expuesto, el Pleno

ACUERDA

Levantar la suspensión de los arts. 1; 2.2 b), c) y d); 5.3; 5.5; 5.6; 5.7; 6.2; 7.2; 8; 12.2; 12.3; 12.4; 13; 14.1 a), b) y c); 14.2; 15.2 a), b), d), f), g) y h); 15.3; 17.1; 17.2; 18; 19.2 a) y c); título V, disposiciones adicional primera y transitoria primera de la Ley 3/2013, de 20 de mayo, de impulso y ordenación de las infraestructuras de telecomunicaciones de Galicia.

Madrid, a veintidós de julio de dos mil catorce.