|  |  |
| --- | --- |
| Auto | 30/2003 |
| Fecha | de 28 de enero de 2003 |
| 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, don Roberto García-Calvo y Montiel, don Eugeni Gay Montalvo y don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez. |
| Núm. de registro | 4842-2002 |
| Asunto | Recurso de inconstitucionalidad 4842-2002 |
| Fallo | Levantar la suspensión del art. 41.3 b) de la Ley de Extremadura 3/2002, de 9 de mayo, de comercio. |

**AUTO**

**I. Antecedentes**

1. Mediante escrito presentado en el Registro de este Tribunal el día 5 de agosto de 2002, el Abogado del Estado, en nombre del Presidente del Gobierno, presentó escrito de interposición de recurso de inconstitucionalidad contra los arts. 21.1; 28.1; 28.2; 30.1; 32.2; 33.1; 41.3 b); y disposición final segunda, párrafo segundo, de la Ley 3/2002, de 9 de mayo, de comercio de la Comunidad Autónoma de Extremadura.

El Abogado del Estado invocó el art. 161.2 CE exclusivamente respecto del art. 41.3 b), a fin de que se acordara su suspensión.

2. Mediante providencia de 17 de septiembre de 2002, la Sección Cuarta acordó 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 a la Asamblea y a la Junta de Extremadura, al objeto de que en el plazo de quince días pudieran personarse en el proceso y formular alegaciones. Asimismo acordó tener por invocado por el Presidente del Gobierno el art. 161.2 de la Constitución a fin de que se produzca la suspensión del art. 41.3 b) de la Ley recurrida, y publicar la incoación del recurso en el "Boletín Oficial del Estado" y en el de Extremadura.

3. El día 27 de septiembre de 2002 se presentó en el Registro del Tribunal un escrito de la Presidenta del Congreso de los Diputados en el que se comunica el acuerdo adoptado por la mesa de dicha Cámara de no personarse en el procedimiento ni formular alegaciones.

4. El día 1 de octubre de 2002 el Letrado de la Asamblea de Extremadura se personó en el procedimiento, en la representación que ostenta, y solicitó del Tribunal una prórroga del plazo concedido para formular alegaciones.

5. La Sección Cuarta, por providencia de 2 de octubre de 2002, acordó tener por personado al Letrado de la Asamblea de Extremadura y prorrogar en ocho días el plazo concedido para formular alegaciones.

6. El día 8 de octubre de 2002 el Letrado de la Asamblea de Extremadura presentó sus alegaciones en el recurso de inconstitucionalidad, solicitando del Tribunal que declare la adecuación a la Constitución de los artículos recurridos.

7. Con fecha 14 de octubre de 2002 el Letrado de la Junta de Extremadura, en la representación que ostenta, compareció en el procedimiento y formuló sus alegaciones, solicitando que el Tribunal desestime el recurso de inconstitucionalidad y declare expresamente la constitucionalidad de la Ley.

8. El día 16 de octubre de 2002 se registró en el Tribual un escrito de la Presidenta del Senado en el que da traslado del acuerdo de la mesa de dicha Cámara de dar por personada a ésta en el proceso, ofreciendo su colaboración.

9. Por providencia de 10 de diciembre de 2002 la Sección Cuarta acordó que, próximo a finalizar el plazo de cinco meses que señala el art. 161.2 de la Constitución desde que se produjo la suspensión del precepto impugnado, se oiga a las partes del proceso para que expongan lo que consideren conveniente acerca del mantenimiento o levantamiento de dicha suspensión.

10. El Abogado del Estado presentó en el Registro del Tribunal sus alegaciones relativas al incidente de levantamiento o mantenimiento de la suspensión el día 17 de diciembre de 2002, solicitando que se mantenga la suspensión del art. 41.3 b) de la Ley recurrida, único precepto de entre lo que fueron recurridos del que se solicitó la suspensión ex art. 161.2 CE.

En defensa de este planteamiento aduce que, frente a la presunción de legitimidad del precepto autonómico, existen otros intereses en juego que están afectados por la aplicación de aquél, en la medida en que uno de los efectos de la declaración de un área de saturación comercial es el establecimiento de límites máximos de superficie de venta sectorial para las nuevas grandes superficies.

La mera atribución de esta potestad limitativa supone ya una medida que obstaculiza el derecho de establecimiento del art. 139.2 CE y una injerencia en el principio de libertad de empresa reconocido en el art. 38 del propio texto constitucional.

El efecto de inseguridad jurídica se produce sin necesidad de esperar a la aplicación concreta de la Ley, pues los agentes económicos afectados se inhibirán en su actividad y establecimiento en Extremadura, al no poder adecuar sus inversiones a una norma segura, quedando perjudicados los costes de transacción ya invertidos, así como el lucro cesante, resultando desproporcionada la norma autonómica ante la circunstancia objetiva de que sólo existen diez grandes superficies, según el censo del impuesto de actividades económicas, para una población de algo más de un millón de personas.

De otro lado se perturba la confianza de los ciudadanos, que ajustan su conducta a la legislación vigente, frente a cambios legislativos que no son razonablemente previstos (STC 273/2000), y se generan obstáculos que resultan desproporcionados respecto al fin que pretende la medida adoptada (STC 64/1990).

A su vez, no sólo puede verse afectada la unidad de mercado desde un punto de vista estrictamente jurídico, sino que la entrada en vigor de la disposición suspendida puede tener consecuencias en el empleo y en la evolución de los precios de bienes básicos, como el vestido o la alimentación, sin que pueda hacerse una valoración precisa del alcance de todo ello.

Por lo expuesto, resultando manifiesta la perturbación que puede producir la norma contemplada en la actividad regulada, y atendiendo a que la materia reglada no está reservada en exclusiva a la competencia de la Comunidad Autónoma, debe prevalecer hasta que se dicte sentencia la legislación estatal (art. 149.3 CE) y ratificarse la suspensión del precepto impugnado.

11. El Letrado de la Junta de Extremadura presentó en el Registro del Tribunal su escrito de alegaciones relativo al incidente de mantenimiento o levantamiento de la suspensión el día 19 de diciembre de 2002.

En dicho escrito manifiesta que, si la suspensión de la Ley autonómica recurrida tiene como finalidad preservar el título competencial del Estado relativo a la materia "horarios comerciales", dicho objetivo es insustancial por dos razones. La primera, porque según la Disposición final segunda de la Ley recurrida, los arts. 28, 30, 31 y 32.2, reguladores de los horarios comerciales, no serán de aplicación hasta que el recurso de inconstitucionalidad promovido por el Consejo de Gobierno de la Junta de Extremadura contra el art. 43 del Real Decreto-ley 6/2000 sea resuelto por el Tribunal Constitucional. La segunda razón se deriva de que la materia de horarios comerciales es tratada por la legislación estatal como competencia de las Comunidades Autónomas basada en el título "comercio interior", buscándose establecer el mutuo acuerdo, lo que evitaría el conflicto. Así se deriva del art. 43 del Real Decreto-ley 6/2000, que prevé que el régimen de apertura y horarios de los establecimientos comerciales se determine conjuntamente entre el Gobierno de la Nación y los Gobiernos de las Comunidades autónomas, de modo que en defecto de norma autonómica sea de aplicación el art. 2 de la Ley Orgánica 2/1996, es decir, la libertad horaria.

Por tanto, para este caso, al remitirse la Ley autonómica a la estatal (disposición final segunda de la Ley extremeña recurrida), la suspensión de la Ley autonómica carece de virtualidad, por lo que solicita que se levante dicha suspensión.

##### 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. 41.3 b) de la Ley de la Comunidad Autónoma de Extremadura 3/2002, de 9 de mayo, de comercio.

Importa destacar desde este momento que, aun cuando el objeto del recurso de inconstitucionalidad se extendió a los arts. 21.1, 28.1, 28.2, 30.1, 32.2, 33.1, 41.3 b) y disposición final segunda párrafo segundo, de la Ley 3/2002, el Gobierno sólo invocó el art. 161.2 CE en relación con el art. 41.3 b), lo que determinó que en nuestra providencia de 17 de septiembre de 2002 únicamente acordáramos la suspensión de este último artículo, según queda expuesto en el antecedente segundo.

2. Sobre este tipo de incidentes de suspensión existe una reiterada 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 art. 41.3 b) de la Ley extremeña 3/2002, objeto de este incidente, dispone lo siguiente:

"3. La declaración de un área de saturación comercial tendrá alguno o más de los efectos siguientes, cuya determinación se resolverá por la Consejería competente en materia de comercio: b) Establecimiento de límites máximos de superficie de venta sectoriales para las grandes superficies comerciales de nueva implantación".

El Abogado del Estado considera que la suspensión de este artículo debe mantenerse, pues la atribución al órgano autonómico competente de la potestad de declaración de una zona como "área de saturación comercial" genera el establecimiento de límites máximos de superficie de venta sectorial para las nuevas grandes superficies y ello puede obstaculizar el derecho de establecimiento regulado en el art. 139.2 CE y una injerencia en el derecho de libertad de empresa, regulado en el art. 38 del propio texto constitucional. También aduce la representación procesal del Estado que el levantamiento de la suspensión produciría un efecto de inseguridad jurídica, de modo que los agentes económicos afectados se inhibirán en su actividad y establecimiento en Extremadura, lo que tendría efectos negativos para la actividad comercial por el hecho de que en la actualidad sólo existen diez grandes superficies para una población de algo más de un millón de personas. La afectación a la unidad de mercado podría tener también efectos perjudiciales para el empleo y la evolución de los precios, sin que pueda hacerse una valoración precisa de este tipo de daños.

La representación procesal del Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de Extremadura, por su parte, solicita el levantamiento de la suspensión de todos los artículos impugnados, centrando su argumentación en el hecho de que los artículos reguladores de los horarios comerciales no entrarán en vigor, según prescribe la disposición final segunda de la propia Ley impugnada, hasta que el Tribunal Constitucional resuelva el recurso de inconstitucionalidad promovido por el Gobierno autonómico contra la normativa estatal en esta materia, rigiéndose la misma hasta ese momento por lo que dispone la propia normativa del Estado. En definitiva, el efecto suspensivo que la propia Ley 3/2002 otorga a los artículos impugnados que regulan los horarios comerciales y el correlativo sometimiento a la normativa estatal determinan que el levantamiento de la suspensión no produzca perjuicios.

Antes de examinar las consecuencias que, según las partes, podrían derivarse del levantamiento o mantenimiento de la suspensión debemos comenzar poniendo de relieve que la representación procesal de la Comunidad Autónoma sólo aborda las relativas a los preceptos reguladores de los horarios comerciales, los cuales no son objeto de este incidente, pues este Tribunal sólo suspendió la vigencia del art. 41.3 b), por las razones que ya han quedado expuestas. Por tanto debemos centrarnos exclusivamente en los perjuicios que el Abogado del Estado vincula al levantamiento de la suspensión de dicho artículo.

4. El Abogado del Estado, en primer lugar, anuda a la efectiva aplicación del art. 41.3 b) la posible vulneración de los arts. 38 y 139 de la Constitución con la consiguiente generación de efectos perjudiciales en el orden económico que de ello se seguirían.

Este planteamiento no puede ser admitido, por cuanto el mismo constituye, precisamente, el objeto del debate de fondo del proceso, sobre cuya valoración no podemos entrar para la resolución de este incidente, salvo que la indicada invocación hubiera ido acompañada de una justificación concreta de los perjuicios de imposible o difícil reparación que habrían de producirse, lo que no ha tenido lugar.

Además, de la lectura del precepto se deriva que la declaración de "área de saturación" para un determinado espacio no conlleva de modo necesario "el establecimiento de límites máximos de superficie de venta sectoriales para las grandes superficies comerciales de nueva implantación", puesto que aquella declaración "tendrá alguno o más de los efectos" que se relacionan, siendo el comentado uno de los que pudieran producirse, pero no necesariamente el o uno de los que habrían de producirse en todos los casos.

Por tanto nos encontramos ante la alegación de unos perjuicios meramente hipotéticos, que no han de derivarse necesaria y directamente de la vigencia efectiva del precepto, sino que en todo caso serían consecuencia de que las declaraciones concretas de "áreas de saturación" limitasen la superficie de los establecimientos.

Pues bien, en otros casos similares, en los que "los perjuicios no derivarían directamente del precepto ahora recurrido, sino de la eventual decisión autonómica en uno de los dos sentidos apuntados, la cual sería susceptible de impugnación en la que siempre se podría plantear la suspensión sobre la base de la producción de daños y perjuicios para el interés público", hemos declarado que "la eficacia de la disposición legal impugnada no afecta a los intereses generales en la medida suficiente como para mantener una suspensión que, de acuerdo con la doctrina de este Tribunal, sólo procede en presencia de perjuicios ciertos y efectivos, en ausencia de los cuales debe atenderse a la presunción de validez propia de las leyes" (ATC 73/1999, de 23 de marzo, FJ 3, con cita de los AATC 79/1990, 87/1991, y 168/1998).

En conclusión, el primer argumento expuesto por el Abogado del Estado ha de ser descartado.

5. En segundo lugar el Abogado del Estado manifiesta que el levantamiento de la suspensión del precepto impugnado produciría un efecto de inseguridad jurídica que acarrearía notables perjuicios para los comerciantes afectados que habrían de inhibirse en cuanto a su establecimiento en Extremadura, lo cual, a su vez, produciría perjuicios a la actividad comercial en general, sobre todo si se toma en consideración que en la actualidad existe un número reducido de grandes superficies en dicha Comunidad Autónoma en relación con su población.

En nuestro ATC 20/2002, de 12 de febrero, tuvimos oportunidad de examinar otro supuesto que guarda relación con el presente. Se trata del art. 14.1 de la Ley 11/2001, de 15 de junio, de ordenación de la actividad comercial en les Illes Balears. En dicho precepto se autorizaban superficies máximas de grandes establecimientos comerciales que no alcanzaban los niveles de la normativa estatal, y los perjuicios entonces alegados por el Abogado del Estado coincidían en lo sustancial con los aquí expuestos.

Pues bien, entonces declaramos que "tampoco resultan convincentes los argumentos del Abogado del Estado, pues, como señala implícitamente la representación autonómica, resulta difícil evaluar los perjuicios que hayan de sufrir los comerciantes como consecuencia de las limitaciones establecidas, pues es claro que la incidencia, positiva o negativa, no les afectaría a todos por igual. Por el contrario, las consecuencias del mantenimiento de la suspensión han de estimarse más negativas que las del levantamiento de la misma, por sus efectos irreversibles en las infraestructuras complementarias, en el caso de que el examen de fondo nos condujera a una declaración de constitucionalidad del precepto. Por tanto, dados los intereses en presencia, procede acordar el levantamiento de la suspensión de este precepto" (ATC/2002, de 12 de febrero, FJ 3).

Estos argumentos son válidos también en el presente caso, máxime por cuanto, según hemos visto, la limitación de superficie no es una consecuencia directa de la aplicación del precepto, sino que resulta necesaria la previa declaración de "área de saturación comercial" para una zona específica y que a ello se anude la limitación de superficie. Por tanto la hipotética afectación negativa para los intereses de los indeterminados titulares de "grandes superficies", que, por lo demás, pudiera tener un alcance diferente para otros comerciantes, no puede prevalecer sobre los intereses generales ínsitos en la Ley autonómica, de manera que este segundo argumento del Abogado del Estado tampoco justifica el mantenimiento de la suspensión de este artículo.

6. Por último la representación procesal del Estado manifiesta que podrían producirse, si se levantara la suspensión, efectos perjudiciales para la evolución del empleo y de los precios, siendo difícil realizar una valoración precisa de este tipo de daños.

Por los términos en que se enuncia este alegato es claro que tampoco puede adquirir relevancia, pues no se razona consistentemente el alcance de los perjuicios y su efectividad (ATC 47/2002, de 21 de marzo, FJ 2, con cita del ATC 147/2001).

En conclusión, todo lo razonado hasta aquí avala la procedencia del levantamiento de la suspensión del art. 41.3 b) de la Ley recurrida.

Por lo expuesto, el Pleno

ACUERDA

Levantar la suspensión del art. 41.3 b) de la Ley de Extremadura 3/2002, de 9 de mayo, de comercio.

Madrid, a veintiocho de enero de dos mil tres.

### Votos

1. Voto particular que formulan los Magistrados don Vicente Conde Martín de Hijas, don Roberto García-Calvo y Montiel y don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez respecto del Auto de fecha 28 de enero de 2003, dictado en el recurso de inconstitucionalidad núm. 4842-2002

1. Nuestra discrepancia respecto del Auto, que expresamos con el mayor respeto al parecer de los que con su voto mayoritario lo han avalado, tiene que ver con la doctrina, ciertamente consolidada, que se aplica en él, a la que reconocemos que se ajusta fielmente, que, no obstante, creemos debe ser objeto de una reflexión crítica por parte de este Tribunal.

2. Creemos que en la forma en que se viene aplicando el art. 161.2 CE en lo relativo a la ratificación o levantamiento de la suspensión en los procesos cuyo objeto es la impugnación de una Ley, una vez que la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional dejó claro en su art. 30 que la alusión de aquel precepto constitucional a disposiciones incluye entre ellas las leyes, se viene prácticamente a desvirtuar el sentido de la suspensión inicial, y, en suma, la función constitucional del precepto que la establece, equiparando de hecho su funcionalidad, dados los criterios que se utilizan, y aunque así no se diga, con la de la suspensión cautelar del acto administrativo en el recurso contencioso- administrativo, cuando, a nuestro juicio, los elementos constitucionales en juego son absolutamente distintos.

Ante todo debe partirse de que la suspensión que se establece en el art. 161.2 CE revela una posición de supremacía inicial del Gobierno de la Nación cuando acude al Tribunal Constitucional para instar el control de constitucionalidad que a éste corresponde, supremacía manifestada por el propio automatismo de la suspensión, imperativamente impuesta por el precepto, sin que al efecto tenga discrecionalidad alguna de decisión el Tribunal Constitucional. Puede decirse que en realidad la decisión del Tribunal Constitucional tiene casi un mero carácter formal, sin que aporte ningún complemento propiamente jurisdiccional a lo que es pura decisión del Gobierno de impugnar la norma de que se trate. Si se parte de este dato resulta de difícil explicación lógica que a la hora de adoptar por el Tribunal Constitucional la ulterior decisión de ratificar o levantar la suspensión de la Ley recurrida, para lo que ni la Constitución española ni la Ley Orgánica de este Tribunal establecen criterio alguno, puedan introducirse unos que puedan resultar incoherentes con esa supremacía de partida, llegando incluso a la real inversión de las posiciones en conflicto.

Cuando la Constitución inviste directa e incondicionalmente al Gobierno de la Nación de la facultad de provocar una suspensión como la que nos ocupa, y ello en el ámbito de lo que en definitiva consiste en un conflicto entre poderes públicos (el del Estado y el de la Comunidad Autónoma concernida en el proceso en los casos más corrientes), está partiendo de una supremacía lógica del todo (el Estado, la Nación española - art. 2 CE- políticamente dirigida por el Gobierno -art. 97 CE) sobre las partes integrantes de ese todo (art. 2 CE), en el marco de la sumisión de todos los poderes públicos a la Constitución (art. 9.1 CE).

El Gobierno de la Nación cuando actualiza el mecanismo del art. 161.2 CE lo hace representando los intereses globales de la Constitución; es decir, los intereses de España, constituida en Estado social y democrático de Derecho (art. 1.1 CE). Que al hacerlo lo haga correctamente o no, es cuestión que solo quedará dilucidada al final del proceso; pero de partida no cabe desconocer esa consideración.

Esa posición de inicio guarda, por cierto, perfecta coherencia con los contenidos de otros preceptos constitucionales como los arts. 149.3 y 155 CE, mecanismos todos a través de los que, a efectos distintos, se manifiesta la unidad del Estado.

Es significativo, como exponente de esa supremacía del Gobierno en orden a provocar la suspensión de las disposiciones recurridas, el diferente régimen de la misma contenido en el art. 64, apartados 2 y 3 LOTC, si se comparan éstos.

En el ámbito procesal concreto de los conflictos constitucionales, cuando el que plantea el conflicto es el Gobierno, el primero de los apartados referidos establece la suspensión inmediata de la vigencia "de la disposición, resolución o acto que hubiesen dado origen al conflicto", por la sola invocación por el Gobierno del art. 161.2 CE, sin exigencia de ninguna carga complementaria de ningún tipo. En tal caso el Tribunal Constitucional se ve ante un imperativo de suspensión sin posible alternativa jurisdiccional. En cambio, cuando el que plantea el conflicto es otro órgano legitimado para ello, el segundo de los preceptos establece la posibilidad de suspensión; pero para conseguirlo es precisa la solicitud al respecto (adviértase la diferencia conceptual entre la solicitud y la invocación del art. 161.2 CE del supuesto anterior) del órgano en cuestión, y la justificación de esa solicitud "invocando perjuicios de imposible o difícil reparación", sobre cuya base "el Tribunal acordará o denegará libremente la suspensión solicitada". En un caso el Tribunal se limita a responder a un automatismo constitucional por su sola invocación por el Gobierno de la Nación, y en el segundo en cambio dicta una resolución típicamente jurisdiccional de tutela cautelar sobre la base de una solicitud, que a su vez, debe estar fundamentada en unos posibles perjuicios.

Ese factor de automatismo inicial y de supremacía del Gobierno de la Nación para provocar ese efecto constitucionalmente previsto no pueden ser olvidados como elementos a tener en cuenta a la hora de resolver sobre la ratificación o el levantamiento de la suspensión de la Ley recurrida, para lo que, según ya se ha indicado, ni la Constitución española ni la Ley Orgánica de este Tribunal establecen el más mínimo criterio.

No se nos oculta la tensión que un precepto constitucional como el del art. 161.2 CE introduce en las relaciones entre el Estado y las Comunidades Autónomas, especialmente en el caso de los recursos de inconstitucionalidad, dada la entidad política de aquéllas; pero sin desconocer tal realidad (que lógicamente aconseja la máxima prudencia política en el uso por el Gobierno de la Nación del mecanismo constitucional que nos ocupa, planteamiento que es distinto del propiamente jurídico que nos es propio), no cabe duda que desde el punto de vista del análisis jurídico, en el que debe situarse un órgano jurisdiccional, como es el Tribunal Constitucional, puesto que la norma constitucional existe, es inexcusable su respeto.

Respeto que debe partir de la consideración de que tal norma es de por sí una de las rectoras de las relaciones entre el Gobierno de la Nación y las Comunidades Autónomas, cuya formulación no permite darle, sin forzar su sentido, ninguna connotación de excepcional, o de elemento extraño al sistema en que se inserta, sino que se trata de una norma más de configuración de ese sistema de relaciones.

3. Precisamente por ello no resulta adecuado a esa regulación constitucional, una forma de interpretar y aplicar la norma constitucional alusiva a la ratificación o levantamiento de la suspensión por el Tribunal Constitucional, conducente a un automatismo en el levantamiento de signo contrario al de la inicial suspensión automática; o una inversión de la posición del Gobierno en ese trance, a la que se llega a base de atribuir una posición de ventaja a las Comunidades Autónomas, eximiéndolas de carga alguna en la procura del levantamiento de la suspensión, mientras que se arrojan sobre el Gobierno en exclusiva unas cargas procesales que tendrían sentido, si se tratase de la aplicación de una excepción favorable a él, pero que no lo tienen en caso contrario, cuando de lo que se trata es de la ratificación de una medida previamente acordada, que no hay por qué calificarla de excepcional, dado que se produce en aplicación de un mandato constitucional.

Si se parte, pues, del sentido constitucional de la suspensión, que no puede asimilarse en modo alguno al de una medida cautelar típica (en tal sentido ATC 350/1985, de 23 de mayo, FFJJ 2 y 3), llegado el momento de decidir sobre la ratificación o el levantamiento de la suspensión, y dado el silencio de la Constitución y la LOTC sobre los criterios a aplicar para ella, un factor a considerar (para evitar asimilaciones distorsionantes) es que la ratificación no supone innovación de la medida de suspensión ya adoptada, sino precisamente su permanencia. Y si para su adopción inicial no se exigió al Gobierno una especial fundamentación, sería necesaria una base normativa precisa para que deba exigírsele por el Tribunal una fundamentación para que pueda mantenerse lo ya acordado sin ella. Por eso resulta jurídicamente más coherente con la lógica de esa situación que sea el levantamiento de la suspensión, que es de por sí lo propiamente innovador respecto de la situación precedente, lo que deba exigir tal fundamentación diferenciada; y en tal sentido de las cargas concernientes a la adopción de la nueva situación no puede exonerarse al que tenga interés en ella (las Comunidades Autónomas), cuando de lo que se trata es de modificar una situación contraria, establecida por imperativo directo de la Constitución.

Visto así el juego de los elementos en contraste, no resulta fundada la situación de ventaja en que nuestra jurisprudencia consolidada sitúa a las Comunidades Autónomas en ese trance, cuando se trae a colación en su favor la presunción de constitucionalidad de la Ley autonómica, asentada en la legitimación democrática de dicha Ley. Con este expediente argumental, carente de una base normativa precisa, se invierte la inicial posición de supremacía del Gobierno de la Nación en la suspensión, cuando éste, en defensa del orden constitucional, ha ejercitado una facultad (más bien podría decirse que defiende un efecto suspensivo inmediatamente impuesto por la Constitución), establecida en la propia Constitución y en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, y tratándose, como se trata, de un Gobierno sobre el que puede invocarse la misma legitimación democrática que la atribuible a los órganos legislativos de las Comunidades Autónomas; por lo que a la hora de poner en juego un sistema de presunciones con base en legitimaciones democráticas, no existe razón para que pueda subestimarse el ejercicio por el Gobierno de la Nación de una facultad directamente establecida en la Constitución, respecto al ejercicio de su potestad por los órganos legislativos de las Comunidades Autónomas.

No encontramos la razón para que el juego la presunción sobre la que se asienta nuestra doctrina pueda situar en mejor condición a una de las partes. Por el contrario, consideramos que al deber proyectarse por las mismas razones sobre ambos sujetos constitucionales en conflicto (Gobierno de la Nación y Comunidades Autónomas) pierde en gran medida su virtualidad jurídica como criterio para la decisión del conflicto.

En definitiva, a la hora de decidir una alternativa (ratificación o levantamiento de la suspensión) constitucionalmente prevista, a lo más a que puede llegarse es a una distribución igual de las cargas procesales respecto a las partes concernidas por esa alternativa; pero no a la exoneración de la que reclama, o sin ello puede ser beneficiaria de la alteración del statu quo establecido de modo inicial por un mandato directo de la Constitución y de la Ley Orgánica de este Tribunal.

4. Inoperante, o minimizado en grado sumo como criterio el de la presunción de constitucionalidad de la Ley autonómica, por lo expuesto, el otro criterio utilizado por nuestra consolidada jurisprudencia es el de la ponderación de "los intereses que se encuentran implicados, tanto el interés 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", ponderación a llevar a cabo "mediante el estricto examen de las situaciones de hecho creadas" (FJ 2 del Auto), y todo ello sobre la base del rechazo de la alegación de "perjuicios meramente hipotéticos", puesto que la suspensión "solo procede en presencia de perjuicios ciertos y efectivos en ausencia de los cuales debe atenderse a la presunción de validez propia de las leyes (ATC 73/1999, de 23 de marzo, FJ 3, con cita de los AATC 79/1990, 87/1991 y 168/1998)" (FJ 4 del Auto).

Este planteamiento, cuando de impugnación de leyes se trata, como es el caso actual, lo consideramos alejado de los términos del problema planteado.

La impugnación de una ley debe guardar paralelismo lógico con el propio carácter abstracto y general de la ley, de ahí que la referencia a situaciones de hecho creadas y a los intereses implicados sitúa el problema constitucional en debate fuera del plano lógico que le es propio.

La conformidad de una determinada ley con el orden constitucional no es cuestión que se suscite en torno a ninguna situación de hecho, ni en la que la clave de dicha conformidad o disconformidad pueda centrarse en unos intereses, cuando de lo que se trata es de las relaciones entre los textos normativos. Por ello si el debate es por definición de sentido abstracto y de derecho, no parece que su solución pueda basarse en el juego de esos elementos (situaciones de hecho, intereses) no inmediatamente concernidos en el, con la intensidad conceptual con la que nuestra jurisprudencia lo hace.

Cosa distinta es que la relevancia de las situaciones de hecho y de los intereses a los que la ley cuestionada pueda afectar deba ser factor atendible; pero eso supone una perspectiva de análisis distinta de la de nuestra jurisprudencia.

El sentido del debate desde su misma abstracción no es otro que el de decidir en el caso concreto entre el riesgo de que pueda mantenerse en vigor una ley inconstitucional, o el de privar transitoriamente de vigencia a una ley constitucional, y la solución de ese arduo dilema en una resolución cautelar del Tribunal Constitucional no puede fundarse en elementos ajenos a él primariamente y con la intensidad con la que lo hace nuestra jurisprudencia.

En cualquier caso resulta especialmente inadecuado el rechazo de la consideración de perjuicios meramente hipotéticos, lo que supone situar al Gobierno de la Nación, cuando defiende la permanencia de una situación directamente impuesta por la Constitución (art. 161.2 CE), ante un reto insalvable, pues los perjuicios derivables de una ley lógicamente serán los que se causen por su aplicación, que en el momento en que la ley se impugna en abstracto solamente puede identificarse de un modo eventual e hipotético.

Visto así, no es que al Gobierno de la Nación se le sitúe ante la necesidad de la acreditación de unos elementos que no son directamente los que entran en juego en el debate, sino que además cuando atiende a las situaciones e intereses a los que la ley puede afectar no tiene otro medio de hacerlo más que en un plano hipotético, y ello por necesidad lógica dado el momento de que se trata, en el que sólo pueden contemplarse como meras hipótesis. Si esa consideración hipotética se rechaza y al tiempo se exige la acreditación de los intereses o perjuicios, se sitúa al Gobierno de la Nación casi ante algo imposible.

5. Y para cerrar definitivamente la doctrina se marca en ella reiteradamente énfasis especial en el rechazo de la consideración de la "viabilidad de las pretensiones que se formulan en la demanda", cuando ese elemento es precisamente, aun con toda la prudencia recomendable y con las obligadas reservas de un juicio cautelar, uno de los que podrían permitir asentar en bases racionales más adecuadas dicho juicio, al menos en un plano de mera verosimilitud, que no de certeza.

El juego de la apariencia de buen derecho en los casos en los que está en juego el respeto del orden constitucional creemos que puede tener mucho mayor espacio de operación que en los procesos ante la jurisdicción ordinaria en los que se debaten intereses particulares, sobre todo en casos de notoria apariencia de falta de fundamentación de una de las posiciones en litigio. En cualquier caso no participamos de la opinión de nuestra doctrina, cuando rechaza ese posible criterio con la rotundidad con que lo hace. Téngase en cuenta que, a diferencia de lo que ocurre en la tutela cautelar en la jurisdicción ordinaria, en los procesos constitucionales en que está llamado a operar el art. 161.2 CE en primer lugar no nos movemos propiamente en un ámbito conceptual de tutela jurisdiccional del derecho de tutela judicial al que van ligadas unas exigencias en el proceso que no tienen que entrar en juego, o no en la misma medida y sentido, en el recurso de inconstitucionalidad, en el que la configuración procesal es más formal que sustantiva; y en segundo lugar, dado el plazo establecido en el art. 161.2 CE, cuando se debe adoptar la decisión sobre ratificación de la suspensión o levantamiento de la misma, el debate procesal ya está normalmente terminado, y no existen las mismas razones que en los procesos ante la jurisdicción ordinaria para no poder tomar en consideración los términos del debate.

6. Justificado nuestro apartamiento de la fundamentación del Auto, basta para fundamentar una decisión contraria a él el dato de que las alegaciones de la Comunidad Autónoma de Extremadura nada tienen que ver con el sentido del precepto suspendido, por lo que no ha levantado la carga que en nuestro criterio le es exigible para que pueda modificarse una medida, cuya imposición inicial viene de un imperativo constitucional inmediato, de ahí que entendamos que la medida de suspensión en su día acordada deba continuar, debiendo ser ratificada.

En tal sentido evacuamos nuestro Voto.

Madrid, a tres de febrero de dos mil tres.