|  |  |
| --- | --- |
| Auto | 80/2008 |
| Fecha | de 11 de marzo de 2008 |
| Sala | Pleno |
| Magistrados | Doña María Emilia Casas Baamonde, don Guillermo Jiménez Sánchez, don Vicente Conde Martín de Hijas, don Javier Delgado Barrio, doña Elisa Pérez Vera, don Roberto García-Calvo y Montiel, don Eugeni Gay Montalvo, don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, don Ramón Rodríguez Arribas, don Pascual Sala Sánchez, don Manuel Aragón Reyes y don Pablo Pérez Tremps. |
| Núm. de registro | 7696-2007 |
| Asunto | Recurso de inconstitucionalidad 7696-2007 |
| Fallo | Levantar la suspensión del art. 14.1 de la Ley del Parlamento de las Illes Balears 25/2006, de 27 de diciembre, de medidas tributarias y administrativas. |

**AUTO**

 **I. Antecedentes**

1. Mediante escrito registrado en este Tribunal el día 1 de octubre de 2007, el Abogado del Estado, en nombre del Presidente del Gobierno, promueve recurso de inconstitucionalidad contra el art. 14.1 de la Ley del Parlamento de las Illes Balears 25/2006, de 27 de diciembre, de medidas tributarias y administrativas.

El Abogado del Estado invocó el art. 161.2 C.E., a fin de que se acordara la suspensión del precepto objeto de recurso.

2. Mediante providencia de 6 de noviembre de 2007, el Pleno del Tribunal Constitucional, a propuesta de la Sección Cuarta, acuerda 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 al Gobierno y al Parlamento de las Illes Balears, al objeto de que en el plazo de quince días puedan personarse en el proceso y formular alegaciones. Asimismo acuerda tener por invocado por el Presidente del Gobierno el art. 161.2 de la Constitución, lo que a su tenor y conforme dispone el art. 30 LOTC, produce la suspensión de la vigencia y aplicación del precepto impugnado. Por último, también se ordenó publicar la incoación del recurso en el “Boletín Oficial del Estado” y en el “Butlletí Oficial de la Comunitat Autónoma de les Illes Balears”.

3. El 22 de noviembre de 2007 el Presidente del Congreso de los Diputados comunica al Tribunal Constitucional que dicha Cámara no se personará en el procedimiento ni formulará alegaciones. El Presidente del Senado, mediante escrito registrado el día 5 de diciembre de 2007, comunica que la Cámara se persona en el proceso, ofreciendo su colaboración.

4. El Letrado del Parlamento de las Illes Balears, en la representación que ostenta presentó escrito de alegaciones el día 17 de diciembre de 2007 solicitando la desestimación del recurso interpuesto.

5. El Director de la Abogacía de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears hizo lo propio el día 19 de diciembre. En su escrito, mediante otrosí, solicita el levantamiento de la suspensión de los preceptos impugnados antes de que transcurra el plazo de cinco meses previsto en el art. 161.2 CE. En relación con esta petición, y tras recoger la doctrina constitucional relativa a este incidente —en particular en lo referente a la innecesariedad de agotar el plazo de cinco meses, la necesidad de no prejuzgar el fondo de la pretensión ejercitada en el recurso y el desplazamiento de la carga probatoria sobre la parte recurrente—, aduce que la suspensión del precepto impugnado infringe su presunción de constitucionalidad por cuanto de su aplicación no puede suponerse que se deriven perjuicios de imposible o difícil reparación para el interés general. Y ello porque el precepto impugnado ha de interpretarse en el sentido de posibilitar la autorización de instalación de máquinas expendedoras de productos del tabaco en los denominados “comercios turísticos”, como establecimientos análogos a los hoteles y hostales, sin que ello comporte que en los mismos pueda autorizarse el consumo de tabaco. La posibilidad de venta mediante máquinas expendedoras se limita a determinados establecimientos comerciales ubicados en áreas de gran afluencia turística y, en todo caso la posible instalación de máquinas expendedoras queda supeditada a la autorización previa de un órgano estatal, el Comisionado para el Mercado de tabacos. De esta forma se concluye que la aplicación de la norma autonómica no incrementa la autorización para la venta ni para la instalación de máquinas expendedoras, no aumenta los locales en los que se permite el consumo de tabaco ni amplía los puntos de venta admitidos por la Ley estatal 28/2005.

6. Por proveído de 20 de diciembre de 2007, el Pleno del Tribunal Constitucional acordó incorporar a los autos los escritos de alegaciones formulados por las representaciones procesales del Parlamento y del Gobierno de las Illes Balears, y en cuanto a la solicitud que formula este último sobre el levantamiento de la suspensión del precepto objeto del recurso, acordó oír al Abogado del Estado y a la representación del indicado Parlamento para que, en el plazo de cinco días, expusieran lo que estimaren procedente al respecto.

7. El Abogado del Estado, con fecha 14 de enero de 2008, evacuó el trámite conferido interesando que se acuerde el mantenimiento de la suspensión.

Comienza su alegato recordando la doctrina elaborada por este Tribunal en torno a los criterios que deben informar la resolución de este incidente. Tras ello, destaca que el consumo del tabaco es un importante problema de salud pública, no sólo por su magnitud sino también por las importantes consecuencias sanitarias que conlleva, existiendo una responsabilidad de las autoridades respecto del control del tabaco que se traduce en la implantación de políticas de salud pública tendentes a prevenir y reducir su consumo así como en adoptar las medidas legislativas, reglamentarias y administrativas que se requieran. En tal sentido, señala que, atendiendo a la normativa comunitaria se dictó la Ley 28/2005, de 26 de diciembre, de medidas sanitarias frente al tabaquismo y reguladora de la venta, el suministro, el consumo y la publicidad de los productos del tabaco, adoptando medidas limitativas sobre el consumo y la venta del tabaco. En el presente caso, continúa el Abogado del Estado, la Ley balear 25/2006 desvirtúa la habilitación de la norma estatal básica para establecer zonas para fumadores en espacios concretos, uno de ellos los hoteles, hostales y establecimientos análogos aplicándola de manera arbitraria a otros negocios o establecimientos distintos de aquéllos como los comercios que se ubican en zonas de gran afluencia turística, los cuales podrán obviar la prohibición de fumar y de ubicar máquinas expendedoras en los establecimientos comerciales. Seguidamente, la representación procesal del Estado argumenta que el levantamiento de la suspensión del precepto recurrido afectaría gravemente al régimen único e integrado configurado por el Estado en materia de sanidad y que trata de evitar descoordinaciones, fragmentaciones y contradicciones por posibles divergencias interpretativas de los legisladores autonómicos que alteren los aspectos básicos de la legislación sanitaria en materia de prevención del tabaquismo. En relación con ello señala que, de alzarse la suspensión del precepto impugnado se producirían graves consecuencias en la salud de quienes se hallaran sometidos al tabaquismo involuntario o pasivo, como ocurriría con los trabajadores de los comercios y con segmentos de la población especialmente vulnerables como los niños y adolescentes así como las mujeres embarazadas.

En otro orden de cuestiones, el Abogado del Estado señala que, el levantamiento de la suspensión del precepto impugnado, implicaría el mantenimiento de regulaciones diversas en esta materia distorsionadoras de la unidad de mercado alterando el mercado interior en tanto se crea un claro impedimento para lograr su correcto funcionamiento.

A mayor abundamiento, apunta que la suspensión no viene a causar ninguna clase de perjuicio ni general ni específico para la Comunidad Autónoma de Illes Balears, por lo que afirma que procede el mantenimiento de la suspensión para evitar que el interés general consistente en el constitucional desarrollo y aplicación de la competencia estatal básica sobre sanidad se vea negativamente perturbado por la aplicación de la injustificada equiparación analógica que introduce la normativa autonómica, ocasionando un grave perjuicio para la salud pública y menoscabando al efectividad de la limitación legal del número de lugares en los que se permite fumar y vender tabaco.

8. La Presidenta del Parlamento de las Illes Balears solicitó el levantamiento de la suspensión en su escrito de alegaciones, registrado en este Tribunal Constitucional el 24 de enero de 2008, por razones similares a las expresadas por la representación procesal del Gobierno de las Illes Balears, a las que se remite.

##### II. Fundamentos jurídicos

1. Es objeto de la presente resolución determinar si, de acuerdo con el art. 161.2 CE, procede levantar o mantener la suspensión de la vigencia que afecta al art. 14.1 de la Ley del Parlamento de las Illes Balears 25/2006, de 27 de diciembre, de medidas tributarias y administrativas, precepto que se encuentra suspendido en su aplicación como consecuencia de la invocación del art. 161.2 CE al promoverse el recurso de inconstitucionalidad contra el mismo por el Presidente del Gobierno.

El precepto recurrido es del siguiente tenor literal:

“Tienen la consideración de comercios turísticos los establecimientos comerciales así calificados por la consejería competente en materia de comercio que presten servicios en el ámbito de las actividades turísticas y estén ubicados en una zona de gran afluencia turística. Los comercios turísticos se considerarán establecimientos análogos a los de alojamiento turístico a los efectos del artículo 8.1 b), en relación con el artículo 4 b), de la Ley 28/2005, de 26 de diciembre, de medidas sanitarias en relación con el tabaquismo y reguladora de la venta, el suministro, el consumo y la publicidad de los productos del tabaco”.

2. Respecto de este tipo de incidentes de suspensión es doctrina de este Tribunal Constitucional que para su resolución resulta preciso 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 del levantamiento de la suspensión. Igualmente hemos destacado que esta valoración debe efectuarse mediante el examen de las situaciones de hecho creadas y sin considerar, en principio, 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 demuestre o, al menos, razone 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 (en tal sentido, AATC 300/2005, de 5 de julio, FJ 3; 336/2005, de 15 de septiembre, FJ 2; 351/2005, de 27 de septiembre, FJ 3, 12/2006, de 17 de enero, FJ 3 y 453/2006, de 12 de diciembre, FJ 1, y 355/2007, de 24 de julio, FJ 2, que sintetizan la doctrina constitucional referida).

3. En esta ocasión el Abogado del Estado solicita el mantenimiento de la suspensión del precepto recurrido, al cual reprocha la contravención de las limitaciones a la venta, suministro y consumo de los productos del tabaco establecidas por el legislador estatal, por los perjuicios que podría causar tanto a la salud de los ciudadanos como a los principios de unidad de mercado y de libre circulación de bienes. Con respecto a lo primero, tras señalar los nocivos efectos del consumo de tabaco, apunta que la aplicación de la norma impugnada, en cuanto que permitiría fumar y vender tabaco en los comercios turísticos a los que el precepto se refiere, obviaría la aplicación de las medidas restrictivas previstas por el legislador estatal en relación con la venta y consumo de tabaco en establecimientos comerciales con los consiguientes efectos perjudiciales para la salud de las personas que hagan uso de tales establecimientos así como de sus trabajadores. Por lo que hace a lo segundo, sostiene que, de levantarse la suspensión del precepto impugnado, además de crear una enorme inseguridad jurídica, se alteraría el mercado interior en tanto se crea un claro impedimento para lograr su correcto funcionamiento.

Las representaciones procesales del Gobierno y del Parlamento de las Illes Balears han interesado el levantamiento de la suspensión con una argumentación sustancialmente coincidente señalando que la incidencia del precepto impugnado se traduce únicamente en la posibilidad de autorizar la instalación de máquinas expendedoras de productos del tabaco en los denominados “comercios turísticos” de las Illes Balears, sin que ello comporte que en los mismos pueda autorizarse el consumo de tabaco, autorización que ha de estar sometida a las condiciones y requisitos previstos por la legislación estatal así como ser otorgada por un órgano estatal, el Comisionado para el Mercado de tabacos.

4. Expuestos, siquiera de forma sucinta, los argumentos relativos a los perjuicios a los intereses particulares y generales que cada una de las partes plantea que han de producirse si se mantiene o se alza la suspensión previamente acordada por el Tribunal, procede que realicemos la ponderación que es propia de este incidente cautelar. Para ello deberemos tener en todo momento presente que, de acuerdo con la jurisprudencia reseñada en el fundamento jurídico 1, su resolución ha de quedar desvinculada de la que en su día se adopte respecto del debate de fondo, pues “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 12/2006, de 17 de enero, FJ 5, y las resoluciones allí citadas).

Así pues, según la reiterada doctrina constitucional expuesta, incumbe al Abogado del Estado justificar que el levantamiento de la suspensión del precepto recurrido lesionaría los intereses generales o de terceros, produciendo con ello perjuicios irreparables o de difícil reparación. Dicho esto debemos señalar que, por las razones que a continuación se exponen, no es posible convenir en la producción de los perjuicios a los que ha hecho referencia el Abogado del Estado.

5. Comenzando por las alegaciones relacionadas con los indiscutidos efectos nocivos del consumo de tabaco en la salud de los ciudadanos y su relación con el precepto cuya suspensión se pretende confirmar, hemos de resaltar, en primer lugar, que la producción de los perjuicios que se alegan para justificar el mantenimiento de la suspensión inicialmente acordada parte de una interpretación de la aplicabilidad del precepto autonómico en relación con la norma básica estatal expresamente rebatida por las representaciones de las instituciones autonómicas personadas en este proceso constitucional. Atendiendo a este hecho procede señalar que del tenor del precepto no se deriva en todo caso, como parece inferir el Abogado del Estado, que el mismo permita el consumo de tabaco en lugares donde el legislador básico estatal lo prohíbe. En efecto, el precepto cuestionado considera a estos efectos este tipo de establecimiento comercial como análogo a los alojamientos turísticos, lugares en los cuales la Ley estatal 28/2005 modula la prohibición genérica de fumar permitiendo habilitar zonas para ello y permite la venta y suministro de tabaco a través de máquinas expendedoras en las condiciones establecidas por el art. 4 b) de la misma. De esta forma, y sin perjuicio de que la valoración que merezca la equiparación llevada a cabo por el legislador autonómico no corresponda realizarla en este momento por tratarse de la cuestión de fondo debatida en el proceso principal, la extensión por analogía con los alojamientos turísticos que se achaca al precepto autonómico se produce únicamente en relación con la venta y suministro de tabaco a través de máquinas expendedoras y no en relación con el consumo del mismo, pues de otra forma carecería de sentido la remisión del precepto autonómico al art 4.b) de la Ley estatal, cuyo objeto es la regulación de la venta de tabaco a través de máquinas expendedoras.

Por otra parte, es evidente que, aun cuando pueda existir una relación entre la disponibilidad de lugares autorizados para la venta de tabaco y el consumo del mismo es obvio que las consecuencias nocivas para la salud de los ciudadanos, con independencia de si son fumadores o no, no se derivan directamente de la venta del producto sino de su consumo. En relación con ello, el examen de la norma estatal nos permite alcanzar la conclusión de que en la misma no existe una directa correlación entre lugares en los que se permite la venta de tabaco y lugares en los que se permite su consumo, pues la Ley estatal distingue claramente entre las limitaciones a la venta y suministro de tabaco de las limitaciones impuestas a su consumo, regulando las primeras en los arts. 3, 4 y 5 y las segundas en los arts. 6, 7 y 8, todos ellos de la Ley 28/2005, de tal forma que la autorización para la venta de tabaco, venta que únicamente es posible a través de la red de expendedurías de tabaco y timbre o de máquinas expendedoras debidamente autorizadas, no implica necesariamente la posibilidad de su consumo en el lugar en que se adquiere y, a contrario, la posibilidad de consumir tabaco en un determinado lugar no habilita necesariamente su venta en el mismo. De hecho el propio legislador estatal modificó, mediante el Real Decreto-ley 2/2006, de 10 de febrero, la redacción inicial del art. 4 b) de la Ley 28/2005, con el objetivo, de acuerdo con su exposición de motivos, de evitar los perjuicios económicos que podrían producirse en el sector, sin merma de la salud pública de los ciudadanos, para permitir a los quioscos de prensa, de forma limitada, la venta de productos del tabaco a través de máquina expendedora situada en su interior.

Lo anteriormente expuesto permite descartar los posibles perjuicios que, para la salud de los ciudadanos, se derivarían de su hipotético consumo en este tipo de establecimiento comercial, pues resulta posible diferenciar entre la venta y el consumo de tabaco apreciando que esto último no resulta permitido en los establecimientos a los que se refiere el precepto controvertido.

Asimismo, restringidos los efectos del precepto a la posibilidad de autorizar la venta de tabaco mediante máquinas expendedoras, y examinando la cuestión desde el punto de vista de las condiciones necesarias para obtener esa eventual autorización, se aprecia la limitada entidad de la medida cuestionada pues la misma es susceptible de ser aplicada únicamente a un concreto tipo de establecimiento, como resulta ser aquel que preste servicios en el ámbito de las actividades turísticas y se ubique en una zona de gran afluencia turística, tal como la misma se define en el art. 22 de la Ley 11/2001, de 15 de junio, de ordenación de la actividad comercial en las Illes Balears. Igualmente, para que la previsión del cuestionado art. 14.1 pueda ser aplicada, resulta preciso, en primer lugar, que los comercios en los que podrían instalarse las referidas máquinas expendedoras sean expresamente calificados como tales por la consejería competente en materia de comercio. En segundo lugar, debe recordarse que el comercio al por menor de las labores de tabaco está configurado legalmente como un monopolio atribuido al Estado, quien lo ejercita a través del Comisionado para el Mercado de tabacos. De ese carácter de monopolio resulta que, por imperativo de la normativa estatal (arts. 3.1 Ley 28/2005 y 4.5 de la Ley 13/1998, de 4 de mayo, de ordenación del mercado de tabacos y normativa tributaria), la venta realizada a través de máquinas expendedoras exige que el establecimiento en el que se instalen cuente con una autorización administrativa en este sentido que corresponde otorgar al citado organismo estatal teniendo en cuenta las limitaciones y prohibiciones que establece la legislación en materia de venta, suministro, consumo y publicidad de los productos del tabaco, tal y como establece el art. 4 e) de su Estatuto, aprobado por Real Decreto 2668/1998, de 11 de diciembre, y confirma el art. 25 del Real Decreto 1199/1999, de 9 de julio, por el que se desarrolla la Ley 13/1998, de 4 de mayo, de ordenación del mercado de tabacos y normativa tributaria y regula el Estatuto concesional de la red de expendedurías de tabaco y timbre, en la redacción dada al mismo por el art. único 16 del Real Decreto 1/2007, de 12 de enero. Al referido organismo corresponde, además, el control e identificación de las citadas máquinas expendedoras mediante la gestión del registro previsto al efecto en el art. 4 f) de la Ley 28/2005.

De lo anteriormente expuesto podemos concluir que la producción de los perjuicios que se han invocado para la salud de los ciudadanos, entendiendo por tales la posibilidad de que se incrementen los puntos de venta de tabaco, precisa, para su efectiva materialización, de medidas que complementen la previsión legal sin las que ésta última carecería de eficacia práctica, alguna de las cuales ha de revestir la forma de autorización administrativa otorgada por un órgano estatal. Por consiguiente, con esta segunda perspectiva, la eficacia de la disposición legal impugnada no afecta a los intereses generales en cuanto que su ámbito potencial de aplicación es relativamente reducido y ha de concretarse en medidas de aplicación, por lo que carece de entidad para mantener una suspensión que, conforme a nuestra doctrina, solo cabrá en cuanto suponga la existencia de perjuicios ciertos, efectivos e irreparables y que, en caso contrario, ha de prevalecer la presunción de validez propia de las leyes emanadas de una asamblea legislativa democráticamente elegida.

6. En cuanto a los perjuicios que, según aduce el Abogado del Estado, originaría la vigencia del precepto impugnado para la seguridad jurídica y la unidad de mercado, los mismos tampoco presentan en este caso la consistencia y gravedad necesarias para mantener en suspenso la aplicación del precepto impugnado.

Respecto a la alegada situación de inseguridad jurídica hemos de recordar que, conforme a nuestra doctrina, 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” (por todos ATC 18/2007, de 18 de enero, FJ 5 y doctrina allí citada).

Por otra parte, en cuanto a las eventuales distorsiones que, sobre la unidad de mercado y la libre circulación de bienes, produciría la aplicación del precepto impugnado, debemos señalar que los perjuicios a los que ha hecho referencia el Abogado del Estado tienen un indudable carácter abstracto e hipotético sin que se hayan acreditado concreta y suficientemente los perjuicios genéricamente expuestos. En efecto, se afirma que el establecimiento de regulaciones diversas conduciría a distorsionar la unidad de mercado al crear un claro impedimento para lograr su correcto funcionamiento, sin que esa afirmación haya venido acompañada de una justificación concreta de los perjuicios de imposible o difícil reparación que habrían de producirse por la mera existencia de una diversidad regulatoria que es consustancial con el carácter autonómico de nuestro Estado. Este planteamiento constituye, además, uno de los aspectos ya alegados en la demanda y objeto del debate de fondo en el presente proceso, por lo que el mismo no debe ser tomado en consideración en este incidente. Por todo ello, la misma generalidad de la relación de los perjuicios impide su ponderación y determina que no puedan prevalecer sobre la presunción de legitimidad constitucional de la que goza la Ley autonómica hasta que nos pronunciemos sobre el fondo de la controversia.

Por todo lo expuesto, el Pleno

ACUERDA

Levantar la suspensión del art. 14.1 de la Ley del Parlamento de las Illes Balears 25/2006, de 27 de diciembre, de medidas tributarias y administrativas.

Madrid, a once de marzo de dos mil ocho.

### Votos

1. Voto particular que formula el Magistrado don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez al Auto dictado por el Pleno del Tribunal Constitucional el 11 de marzo de 2008, en el recurso de inconstitucionalidad núm. 7696-2007, promovido por el Presidente del Gobierno contra el art. 14.1 de la Ley del Parlamento de las Illes Balears 25/2006, de 27 de diciembre, de medidas tributarias y administrativas

1. Creo, frente a la decisión mayoritaria, que procedía mantener la suspensión del artículo 14.1 de la Ley autonómica recurrida. La dimensión comunitaria y las repercusiones nocivas para la sanidad de todos los españoles que ha razonado el Abogado del Estado eran suficientes para tal determinación.

Me parece obligado insistir además, ya frente a la fundamentación jurídica del Auto mayoritario, en la necesidad de una reflexión constitucional profunda sobre la doctrina que sostiene el Tribunal Constitucional en los últimos años sobre el mantenimiento o levantamiento de la suspensión acordada ex artículo 161.2 CE.

He expuesto en numerosísimos Votos particulares mi posición frente a esa doctrina. A ellos me remito, para evitar repeticiones. . Este es mi criterio que formulo emitiendo este Voto particular en

Madrid, a once de marzo de dos mil ocho.