

Suplemento

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

9211 *Pleno. Sentencia 135/2012, de 19 de junio de 2012. Recurso de inconstitucionalidad 7745-2007. Interpuesto por el Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid en relación con diversos preceptos de la Ley 12/2007, de 2 de julio, por la que se modifica la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos, con el fin de adaptarla a lo dispuesto en la Directiva 2003/55/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2003, sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural. Competencias sobre ordenación general de la economía y bases del régimen energético; libertad de empresa y principio de interdicción de la arbitrariedad: validez de la previsión legal conforme a la cual las autorizaciones de construcción y explotación de instalaciones de distribución de gas natural han de otorgarse preferentemente a la empresa distribuidora de la zona, debiendo atenderse, en ausencia de ésta, a los principios de monopolio natural del transporte y la distribución, red única y realización al menor coste para el sistema gasista.*

El Pleno del Tribunal Constitucional, compuesto por don Pascual Sala Sánchez, Presidente; don Eugeni Gay Montalvo, don Javier Delgado Barrio, doña Elisa Pérez Vera, don Ramón Rodríguez Arribas, don Manuel Aragón Reyes, don Pablo Pérez Tremps, don Francisco José Hernando Santiago, doña Adela Asua Batarrita, don Luis Ignacio Ortega Álvarez y don Francisco Pérez de los Cobos Orihuel, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de inconstitucionalidad núm. 7745-2007, interpuesto por la Comunidad de Madrid contra el apartado 20 del artículo único de la Ley 12/2007, de 2 de julio, por la que se modifica la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos, con el fin de adaptarla a lo dispuesto en la Directiva 2003/55/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2003, sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural, en cuya virtud se modifica el apartado 7 del art. 73 de dicha Ley; y, asimismo, contra la disposición final primera de la misma Ley 12/2007, de 2 de julio. Ha intervenido el Abogado del Estado. Ha sido Ponente el Magistrado don Francisco José Hernando Santiago, quien expresa el parecer del Tribunal.

I. Antecedentes

1. Con fecha 3 de octubre de 2007 tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal Constitucional escrito del Letrado del Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de Madrid, en nombre y representación de la misma, interponiendo recurso de inconstitucionalidad contra el apartado 20 del artículo único de la Ley 12/2007, de 2 de julio (por la que se modifica la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos, con el fin de adaptarla a lo dispuesto en la Directiva 2003/55/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2003, sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural) en cuya virtud se modifica el apartado 7 del art. 73 de dicha Ley; y, asimismo, contra la disposición final primera de la misma Ley 12/2007, de 2 de julio.

2. Con carácter preliminar, el escrito de interposición del recurso justifica el cumplimiento de los requisitos procesales para su interposición, con especial detenimiento en el relativo a la legitimación de la Comunidad Autónoma para interponer el recurso. Tras reproducir parcialmente las SSTC 96/2002, de 25 de abril y 68/2007, de 28 de marzo, afirma la conexión entre las competencias de la Comunidad de Madrid y los preceptos impugnados que se aprueban por el Estado de acuerdo con lo establecido en el art. 149.1.13 y 25 de la Constitución. Señala que en relación con dichos ámbitos la Comunidad de Madrid, de acuerdo con su Estatuto de Autonomía, tiene competencia exclusiva en materia de «instalaciones de producción, distribución y transporte de cualesquiera energía, cuando el transporte no salga de su territorio y su aprovechamiento no afecte a otra Comunidad» (art. 16.1.11), «fomento del desarrollo económico de la Comunidad de Madrid, dentro de los objetivos marcados por la política económica general» (art. 26.1.17), «ordenación y planificación de la actividad económica general» (art. 26.3.1.1), «industria, sin perjuicio de lo que determinen las normas del Estado por razones de seguridad, sanitarias o de interés militar y las normas relacionadas con las industrias que estén sujetas a la legislación de minas, hidrocarburos y energía nuclear» (art. 26.3.1.3) y, por último, en el marco de la legislación básica del Estado y, en su caso, en los términos que la misma establezca, corresponde a la Comunidad de Madrid el desarrollo legislativo, la potestad reglamentaria y la ejecución en materia de «régimen minero y energético» (art. 27.8). Así, el Estado al atribuir carácter básico al apartado 7 del art. 73 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, impide a la Comunidad Autónoma ejercer sus competencias de desarrollo normativo y ejecución, y de planificación económica en su ámbito territorial, vaciando, por tanto, las competencias autonómicas en la materia, por lo que considera que la Comunidad de Madrid está legitimada para interponer este recurso.

3. En relación con el fondo de la cuestión, alega, en primer lugar, que el precepto legal impugnado infringe el art. 149.1, reglas 13 y 25, CE. Así, señala que, en relación con el régimen jurídico de las autorizaciones de instalaciones de distribución de gas natural, la modificación operada por el apartado veinte del art. único de la Ley 12/2007, de 2 de julio, que tiene carácter básico en virtud de la disposición final primera de la misma Ley, ha cambiado sustancialmente el panorama anterior. La obligación de conceder las autorizaciones de construcción y explotación de instalaciones de distribución de gas natural preferentemente a la empresa que ya cuente con autorización administrativa previa para la zona y, en su defecto, los criterios que se establecen (monopolio natural, red única, menor coste, etc.) conducen a una situación en la que, a partir de ahora, en la mayoría de los casos se deberán otorgar tales autorizaciones a los distribuidores que ya cuentan con autorización previa procedente de la extinción de las antiguas concesiones y su consiguiente transformación en autorizaciones *ope legis*, perpetuando de este modo el escenario de distribución gasística existente bajo el régimen anterior a la actual Ley del sector de hidrocarburos, hecho que se aprecia notoriamente en el caso del municipio de Madrid y la empresa Gas Natural.

A mayor abundamiento recuerda el Letrado de la Comunidad de Madrid que en un ámbito igualmente regulado y, además, calificado como servicio esencial, como es el eléctrico, se concede a las Comunidades Autónomas un margen mayor de actuación en relación con los criterios de concesión de las autorizaciones.

A continuación manifiesta que la nueva redacción del art. 73.7 de la Ley 34/1998, infringe el art. 149.1.13 y 25 CE por cuanto, dado su carácter básico, al establecer los criterios para otorgar autorizaciones de construcción y explotación excede del concepto material de bases estatales que viene acogiendo el Tribunal Constitucional, agotando las posibilidades que, con arreglo a sus propias competencias, ostentan las Comunidades Autónomas de desarrollo y complemento de la ley con arreglo a las peculiaridades del subsector en su ámbito territorial. En este sentido recuerda la doctrina constitucional sobre el concepto material de bases estatales y, aplicando esta doctrina a este caso, afirma que el nuevo contenido del art. 73.7 de la Ley del sector de hidrocarburos no es materialmente básico en los términos transcritos, sino que, traspasando los límites del interés general, entra a regular aspectos cuya concreción debería corresponder a las

Comunidades Autónomas atendiendo a las particularidades concurrentes. A su juicio, el legislador estatal debió permitir a las Comunidades Autónomas definir los criterios objetivos con arreglo a los cuales se concederían las autorizaciones de construcción y explotación de instalaciones. Al establecer que tal autorización se conceda preferentemente al distribuidor autorizado en la zona y, sólo caso de no existir éste, sean de aplicación los restantes criterios, se está impidiendo indirectamente que las Comunidades Autónomas otorguen autorizaciones en concurrencia, al deberse otorgar tal autorización en la mayoría de los casos a los distribuidores cuyas autorizaciones para las zonas de distribución procedían de las antiguas concesiones, perpetuando, por tanto, en lo sustancial, el panorama de distribución que existía en el régimen anterior a la Ley general de hidrocarburos.

Para el Letrado de la Comunidad de Madrid la norma impugnada también vulnera la legislación comunitaria que dice estar trasponiendo y recuerda la doctrina constitucional según la cual el ingreso de España en la Unión Europea y la consiguiente transposición de las normas de Derecho comunitario derivado no alteran las reglas constitucionales de distribución de competencias.

4. En segundo lugar, considera también el Letrado de la Comunidad de Madrid que la nueva redacción dada al apartado 7 del art. 73 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, conculca los arts. 38 y 9.3 CE. Tras recordar la doctrina constitucional sobre ambos artículos señala que el precepto impugnado, en la medida en que no permite concurrir en igualdad de condiciones a todas las empresas distribuidoras para obtener autorización de construcción o explotación, en detrimento de aquella que tuviese ya otorgada la autorización en la zona, impide sostener la actividad empresarial en libertad. Asimismo considera que dicha norma conculca también el principio de interdicción de la arbitrariedad, pues no se limita a plasmar una opción política del legislador, sino que contiene una auténtica discriminación que afecta a las empresas distribuidoras que no ostenten la condición de autorizadas en la zona, y ello sin justificación alguna de índole técnica que permita defender tal medida.

Por todo ello solicita que se declare la inconstitucionalidad y, consiguientemente, la nulidad del apartado 7 del art. 73 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos y de la disposición final primera de la misma Ley, en la medida en que confiere carácter básico al precepto anterior, en la redacción dada a los mismos por el apartado veinte del art. único de la Ley 12/2007, de 2 de julio.

5. Mediante providencia de la Sección Cuarta de este Tribunal de 23 de octubre de 2007 se admitió a trámite el recurso de inconstitucionalidad y se acordó dar traslado de la demanda y documentos presentados, conforme establece el art. 34 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC), al Congreso de los Diputados y al Senado, por conducto de sus Presidentes, y al Gobierno, a través del Ministro de Justicia, al objeto de que en el plazo de quince días pudieran personarse en el proceso y formular las alegaciones que estimen convenientes. Por último, se acordó publicar la incoación del recurso en el «Boletín Oficial del Estado».

6. El Abogado del Estado, mediante escrito registrado el 31 de octubre de 2007, se personó en el procedimiento, solicitando prórroga, por el máximo legal, del plazo concedido para formular alegaciones. El Pleno, por providencia de fecha 5 de noviembre de 2007, acordó incorporar a las actuaciones el escrito presentado por el Abogado del Estado, teniéndole por personado en la representación que legalmente ostenta, prorrogando en ocho días más el plazo inicialmente concedido por providencia de 23 de octubre de 2007.

El día 3 de diciembre de 2007 presentó su escrito de alegaciones en el que se opone a las pretensiones deducidas por las razones que, resumidamente, se recogen a continuación.

a) El Abogado del Estado comienza su escrito exponiendo cuál es el objeto del recurso y, dado que el mismo se desenvuelve en el ámbito de una materia cuya

competencia administrativa es compartida por la Administración autonómica y la estatal, examina los títulos competenciales en base a los cuales se ha de repartir. Tras dicho examen concluye afirmando que la contienda competencial gira, en realidad, más que respecto de la inclusión del precepto cuestionado en un determinado ámbito material, en torno a su posible calificación como bases del régimen de la materia de encuadramiento, resultando de las alegaciones de la Comunidad que las materias aludidas en cuanto a dicho encuadramiento consisten, en suma, en las de «instalación de producción, distribución y transporte de cualesquiera energía», «ordenación y planificación de la actividad económica regional», «industria» y «régimen energético». En cualquier caso, a su juicio, las alegaciones de la Comunidad de Madrid alusivas al encuadramiento concreto del precepto en cada una de dichas materias se limitan a una invocación genérica de los títulos referidos, sin ninguna concreción específica sobre su proyección en el precepto objeto de recurso.

Para el Abogado del Estado, en línea con lo declarado en la STC 223/2000, y al objeto de precisar dicha calificación material, resulta inapropiado su encuadramiento en la materia de «industria» (art. 26.3.1.3 Estatuto de Autonomía de Madrid: EAM) y en el título a ella referente, al resultar su conexión con la misma lejana y mediata. Por el contrario, considera adecuada la inclusión del precepto recurrido en la materia definida en el art. 26.1.11 EAM, siendo quizás la previsión más próxima a aquél la alusiva a distribución, no así a producción o transporte. Asimismo, el encuadramiento del precepto en la materia «régimen energético» (arts. 149.1.25 CE y 27.8 EAM), se considera posible por el Abogado del Estado, pues el gas natural constituye fuente energética.

Señala a continuación que, conforme a la doctrina sentada por este Tribunal en la STC 197/1996, cuando corresponde al Estado la titularidad de la competencia para dictar la normativa básica en materia de planificación general de la economía, así como la de un sector económico determinado, como es el energético y dentro de éste el gasístico, es posible que el Estado defina un modelo general del sector económico correspondiente y regule las medidas o acciones singulares que sean necesarias para alcanzar los fines propuestos en el correspondiente sector.

En consecuencia, a su entender, resulta que en el presente caso corresponde al Estado la competencia para regular la ordenación del sector energético, y dentro de éste el subsector gasístico, y todas aquellas actuaciones necesarias para alcanzar los fines propuestos en esa regulación; y a la Comunidad de Madrid corresponden las competencias de desarrollo normativo y ejecutiva, respetando las bases establecidas por el Estado.

b) Una vez fijados los ámbitos materiales de encuadramiento y precisado el alcance de los títulos del Estado, el Abogado del Estado analiza la integración del precepto recurrido en el concepto de normativa básica y para ello analiza, en primer lugar, el sentido general de la modificación que contiene la Ley 12/2007, insertándola en el contexto normativo a que corresponde.

Señala el Abogado del Estado que tanto el ordenamiento jurídico comunitario como el nacional establecen una regulación destinada a favorecer el monopolio natural en la construcción de la red-distribución y a fomentar la competencia en el acceso y utilización de la red-comercialización o suministro de gas al cliente final, utilizando las infraestructuras del distribuidor. Añade que el monopolio natural se traduce en que donde previamente existe una red o «tubo» no debiera construirse otro. De esta forma, si una compañía distribuidora ha construido una red para abastecer de gas a un municipio iría contra el monopolio natural que otra compañía construyera la suya propia, de manera que quien pretenda suministrar gas debiera aprovechar la red ya existente. Recuerda el Abogado del Estado que éste es un modelo aplicado a todos los sectores económicos en que existe una red única que han de poder utilizar varios operadores y que en la elaboración de este principio de monopolio natural aparecen como antecedentes la Ley 34/1998, del sector de hidrocarburos, la Directiva 2003/55/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de

junio de 2003, sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural y el Real Decreto-ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública.

En definitiva, afirma el Abogado del Estado que por razones de eficiencia y economía, insitas en la aplicación del monopolio natural, se trata de favorecer que el distribuidor que tiene instalaciones en una zona, la extienda al resto de la misma. Existe una competencia absoluta, objetiva y transparente para seleccionar el distribuidor que tiene derecho a gasificar una nueva zona; y una vez se designe el distribuidor que ha de gasificar una zona, la preferencia que al mismo se le otorga limita en cierto modo la entrada de nuevos distribuidores en dicha zona, sin perjuicio del derecho que toda empresa interesada tiene para utilizar en condiciones de igualdad las infraestructuras de los distribuidores.

c) Tras analizar el monopolio natural en las instalaciones de distribución de gas natural el Abogado del Estado examina la configuración estatal del sistema económico integrado del sector de gas natural. Para el Abogado del Estado estamos ante un supuesto típico de ejercicio de competencias básicas para la ordenación de un sector económico que requiere de una gestión única. Así, señala que en el sector de gas natural las actividades de transporte y distribución son actividades reguladas, cuyo régimen económico está determinado por una retribución fijada por el Ministerio de Industria, Comercio y Turismo de acuerdo con los criterios establecidos en el Real Decreto 949/2001, de 3 de agosto, por el que se regula el acceso de terceros a las instalaciones gasistas y se establece un sistema económico integrado del sector de gas natural. El Ministerio de Industria, Comercio y Turismo, basándose en los criterios fijados en el art. 15 del Real Decreto 949/2001, será quien fije la retribución de las empresas que realicen las actividades reguladas de transporte o distribución. Una vez determinada la cantidad necesaria para la retribución de estas empresas, y con una estimación de la demanda prevista, la Administración establecerá las tarifas, peajes y cánones que deben pagar los usuarios de las instalaciones y los consumidores a tarifa, con el fin de recaudar lo suficiente para cubrir dichas retribuciones. Es decir, indica el Abogado del Estado, el sistema económico integrado supone que las inversiones realizadas por todas las empresas reguladas tienen una repercusión directa en las tarifas que pagan todos los usuarios del gas natural.

d) Por lo que se refiere ya a los preceptos contra los que se dirige el recurso de inconstitucionalidad, señala el Abogado del Estado que del tenor literal del apartado 7 del art. 73 de la Ley del sector de hidrocarburos, se desprende que tan solo trata de establecer una preferencia, no una obligación de otorgar la autorización al distribuidor de zona. El término «preferentemente» implica la posibilidad de que la adjudicación sea a favor de otra empresa, siempre que se haya tenido en cuenta la oferta del distribuidor de la zona y siempre que se haya ponderado, antes del otorgamiento, la ventaja objetiva indudable que para el sistema venga a suponer ser distribuidor de la zona. Para el Abogado del Estado la nueva redacción del art. 73.7 de la Ley del sector de hidrocarburos se limita a concretar el principio del monopolio natural, admitido pacíficamente por la legislación comunitaria y nacional, introduciendo, entre los criterios a tener cuenta para la concesión de autorizaciones, la preferencia por el distribuidor de la zona. De esta forma, a su juicio, el Estado, al establecer un criterio de adjudicación de obligatoria ponderación en tanto afecta al conjunto del sistema retributivo, se limita a ejercitar su competencia para fijar las bases de la planificación general de la actividad económica en el ámbito del sector gasístico.

Sobre la posibilidad de que determinada actividad ejecutiva sea calificada como «básica», señala que las autorizaciones de construcción y explotación de instalaciones de distribución afectan, por sí mismas, a la ordenación de la economía nacional (art. 149.1.13 CE) y de ahí deriva, precisamente, su consideración como básicas. La existencia de un criterio uniforme y centralizado para su otorgamiento justifica que así sea. Indica que los criterios que se fijen para otorgar las autorizaciones es evidente que van a producir consecuencias en el régimen económico nacional de suministro de combustibles gaseosos. A su juicio, si la Ley ha optado por un sistema

económico integrado en el que las inversiones que lleven a cabo las empresas encargadas de las actividades de transporte y distribución van a repercutirse directamente en las tarifas que satisfacen los usuarios del gas natural, la gestión que requiere este esquema debe extenderse no solo a su funcionamiento normal sino también a las medidas excepcionales que se adopten y tengan influencia en los costes de transporte y distribución del gas natural. Por ello, a su entender, si estas desviaciones en los costes se van a financiar con cargo al sistema «nacional», será necesario que se produzca una unidad de gestión que evite desequilibrios o desigualdades impuestas unilateralmente por una de las zonas sobre el total del sistema. En consecuencia, señala que la competencia de las Comunidades Autónomas en materia de otorgamiento de autorizaciones de distribución no puede alcanzar a la definición de los criterios generales que se han de tener en cuenta en el momento de su otorgamiento y compete al Estado, en su función de ordenación general de la actividad económica, garantizar una serie de criterios uniformes a observar en dicho otorgamiento que sean de aplicación en todo el territorio nacional. Añade que si bien la Comunidad Autónoma de Madrid puede aprobar una orden que regule la concurrencia, lo que no puede hacer es aplicar el principio de concurrencia a unos supuestos en los que el Estado, al igual que la normativa comunitaria, considera más adecuado, por motivos de eficiencia, que haya un solo distribuidor (monopolio natural), al ser el propio Estado quien soporta los efectos económicos de esa decisión.

e) Por lo que se refiere a la vulneración del Derecho comunitario, señala el Abogado del Estado que esta alegación carece de todo fundamento en este recurso cuyo ámbito debe quedar reducido al enjuiciamiento constitucional de la modificación producida por la Ley 12/2007 en la Ley del sector de hidrocarburos. No obstante lo señalado, se opone a dicha alegación recordando la doctrina de este Tribunal que afirma que la normativa comunitaria nunca puede formar parte del marco de constitucionalidad, de modo que no puede alterar el orden constitucional de competencias, ni por ello puede servir nunca para justificar el ejercicio o abandono de las mismas.

f) Por último, en relación con la vulneración de los arts. 38 y 9.3 CE, señala el Abogado del Estado que con el art. 73.7 de la Ley del sector de hidrocarburos el legislador no pretende limitar o impedir la competencia sino evitar que la supresión absoluta del principio del monopolio natural produzca un aumento de costes que perjudique el funcionamiento del mercado incrementando el precio final a pagar por el consumidor. Enumera diversas Sentencias de este Tribunal sobre el derecho fundamental previsto en el art. 38 CE, de las que deduce que la libertad de empresa puede, y debe, estar regulada por reglas que disciplinen, proporcionada y razonablemente, el mercado y, para defender a terceros y a derechos constitucionalmente protegidos, puede estar sometida a control y autorización administrativa. Asimismo, considera que el art. 73.7 de la Ley del sector de hidrocarburos no vulnera el principio de la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 CE) porque ni la medida adoptada establece una discriminación arbitraria, ni carece de una finalidad razonable. La fijación de los criterios a tener en cuenta en el otorgamiento de las autorizaciones de construcción y explotación de instalaciones de distribución es, a su juicio, una opción del legislador estatal y, si bien su decisión pudiera llegar a ser objeto de discusión técnica, ello no es suficiente para configurar un caso de arbitrariedad legislativa ni, en consecuencia, un supuesto de inconstitucionalidad.

Por todo lo señalado, solicita que se dicte Sentencia declarando la plena constitucionalidad del apartado veinte del art. único y de la disposición final primera de la Ley 12/2007, de 2 de julio, por la que se modifica la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos, con el fin de adaptarla a lo dispuesto en la Directiva 2003/55/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2003, sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural.

7. Por providencia de 19 de junio de 2012 se señaló para deliberación y fallo de esta Sentencia el día 19 del mismo mes y año, trámite que ha finalizado en el día de hoy.

II. Fundamentos jurídicos

1. El presente recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid se dirige contra la nueva redacción que el art. único. 20, de la Ley 12/2007, de 2 de julio, por la que se modifica la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos con el fin de adaptarla a lo dispuesto en la Directiva 2003/55/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2003, sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural, otorga al apartado 7 del art. 73 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos y contra la disposición final primera de la misma Ley 12/2007, de 2 de julio, en cuanto atribuye a dicho apartado el carácter de básico al amparo de los títulos competenciales recogidos en los números 13 y 25 del art. 149.1 CE.

El artículo único.20, de la Ley 12/2007, de 2 de julio, da nueva redacción al art. 73.7 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos, en los siguientes términos:

«Las autorizaciones de construcción y explotación de instalaciones de distribución deberán ser otorgadas preferentemente a la empresa distribuidora de la zona. En caso de no existir distribuidor en la zona, se atenderá a los principios de monopolio natural del transporte y la distribución, red única y de realización al menor coste para el sistema gasista.»

Por su parte, la disposición final primera de la Ley 12/2007 establece:

«La presente Ley tiene carácter básico, de acuerdo con lo establecido en el artículo 149.1.13 y 25 de la Constitución.»

La Comunidad de Madrid considera que el establecimiento en el apartado 7 del art. 73 de los criterios para otorgar autorizaciones de construcción y explotación de instalaciones de distribución de gas natural excede del concepto material de bases estatales que viene acogiendo este Tribunal Constitucional y agota las posibilidades que, con arreglo a su propias competencias, ostentan las Comunidades Autónomas sobre desarrollo y complemento de la legislación básica, con arreglo a las peculiaridades del subsector gasístico en su ámbito territorial. Por otra parte, se afirma que el mencionado precepto conculca también los arts. 38 y 9.3 CE.

El Abogado del Estado se opone al anterior planteamiento al entender que el Estado, al establecer un criterio de adjudicación de obligatoria ponderación en tanto afecta al conjunto del sistema de retribución, se limita a ejercitar su competencia para fijar las bases de la planificación general de la actividad económica en el ámbito del sector gasístico. Asimismo, considera que el precepto controvertido, al establecer una limitación proporcionada y razonable dirigida a garantizar el monopolio natural en la distribución del gas natural no puede ser tachado de inconstitucional, sin que el mismo contenga una medida arbitraria o carente de una finalidad razonable.

2. Con carácter previo, en respuesta a la alegación de la Comunidad de Madrid acerca de la falta de adecuación de los preceptos impugnados al Derecho comunitario, debemos precisar, como tantas veces hemos hecho, que a este Tribunal no le corresponde controlar la adecuación de la actividad de los poderes públicos nacionales al Derecho comunitario europeo, pues este control compete a los órganos de la jurisdicción ordinaria, en cuanto aplicadores que son del ordenamiento comunitario, y, en su caso, al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (así, STC 41/2002, de 25 de febrero, FJ 2).

Efectuada esta precisión debemos señalar que, como ambas partes coinciden, el objeto del presente recurso de inconstitucionalidad debe enmarcarse en el sistema constitucional y estatutario de distribución de competencias en materia de «régimen energético» (art. 149.1.25 CE) y «bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica» (art. 149.1.13 CE).

En relación con este marco competencial, es preciso recordar que la STC 197/1996, de 28 de noviembre, cuya doctrina ha sido reiterada por la STC 223/2000, de 21 de septiembre (FJ 5), ambas en relación con el sector petrolero, ha fijado las reglas de articulación en materia energética entre los títulos competenciales recogidos en los arts. 149.1.13 y 149.1.25 CE, en los siguientes términos:

«[N]o podría afirmarse con carácter general, y menos aún absoluto, que en un sector tan importante para el desarrollo de la actividad económica en general como el del petróleo [y *mutatis mutandis* el gasístico] –de ahí sin duda la concurrencia de una pluralidad de títulos competenciales–, las competencias específicas, por ejemplo, en materia energética, hayan de prevalecer necesariamente y en todo caso sobre las relativas a la planificación económica; y mucho menos que las primeras hayan de desplazar totalmente a las segundas. Las competencias de ordenación o dirección general de la economía –entre las que han de encuadrarse las relativas a planificación, de un lado, y, de otro, las de ordenación de concretos sectores económicos, entre los que se cuenta el energético y, dentro de éste, el subsector del petróleo [entiéndase también el del gas natural]– han de ejercerse conjunta y armónicamente, cada cual dentro de su respectivo ámbito material de actuación, que será preciso delimitar en cada caso. Convendrá recordar, en efecto, que este Tribunal ha declarado reiteradamente que dentro de la competencia de dirección de la actividad económica general tienen cobertura ‘las normas estatales que fijan las líneas directrices y los criterios globales de ordenación de sectores económicos concretos, así como las previsiones de acciones o medidas singulares que sean necesarias para alcanzar los fines propuestos dentro de la ordenación de cada sector’ (STC 95/1986, fundamento jurídico 4 y, en los mismos términos, STC 188/1989, FJ 4, con cita de las SSTC 152/1988 y 75/1989). Doctrina aplicable con mayor razón a supuestos en los que existen, como en el presente, reservas competenciales expresas en favor del Estado tanto respecto de la actividad económica general (art. 149.1.13 CE) como del específico sector energético (art. 149.1.25 CE). Por lo que no es preciso efectuar esfuerzo interpretativo alguno para afirmar, respecto al presente supuesto, que de esa competencia estatal de dirección general de la economía a la que este Tribunal se ha referido forman parte, en cuanto la misma pueda recaer sobre el sector petrolero [o gasístico], no sólo las genéricas competencias relativas a las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica, sino también las más específicas de ordenación del sector energético, referentes a las bases del régimen del mismo... De otro lado, no obstante ser ello así será conveniente, en aras de una mayor clarificación del orden competencial constitucionalmente establecido, no tener por equivalentes o intercambiables el título genérico relativo a planificación económica y el específico referente a la ordenación de un sector aun en el supuesto en que ambos pertenezcan a un mismo titular, como aquí ocurre. Pues cuando se trata de reconocer o negar carácter básico a un concreto precepto legal, será preciso determinar en cada caso si este opera realmente, por ejemplo, en el ámbito de la planificación económica, o bien, también por ejemplo, en el del régimen energético. Sin olvidar, finalmente, que la competencia estatal en cuanto a planificación económica ex art. 149.1.13 CE –y en ello difiere de la relativa a régimen energético ex art. 149.1.25 CE– no se agota en las bases, sino que comprende además la ‘coordinación’ en tal materia.» (FJ 4)

Por tanto, con carácter general es evidente que corresponde al Estado la competencia para regular la ordenación del sector energético, y dentro de éste el subsector gasístico, mediante la aprobación de la legislación básica; y a las Comunidades Autónomas corresponden las competencias de desarrollo normativo y ejecutiva, respetando las bases establecidas por el Estado.

3. Para poder dar respuesta a las cuestiones planteadas resulta conveniente analizar la evolución legislativa que ha sufrido la materia y su régimen jurídico actual. La Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos y sus disposiciones normativas de desarrollo, establecieron el régimen jurídico de las actividades de transporte,

distribución, almacenamiento, regasificación y suministro de los sujetos que intervienen en el sistema gasista, de acuerdo con lo dispuesto en la Directiva 98/30/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de junio de 1998, relativa a normas comunes para el mercado interior del gas natural; y definieron claramente las funciones y responsabilidades de todos los agentes que intervienen en el sistema gasista. La experiencia adquirida con dicha Directiva permitió identificar el acceso a la red, el acceso al almacenamiento, las cuestiones de tarificación, la interoperabilidad de sistemas y los distintos grados de apertura de los mercados entre Estados miembros como los principales obstáculos para la realización de un mercado interior plenamente operativo y competitivo. Por ello, como señala el preámbulo de la Ley 12/2007, de 2 de julio, por la que se modifica la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos, la Directiva 2003/55/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de junio de 2003 estableció nuevas normas comunes para completar el mercado interior del gas natural y derogó la Directiva 98/30/CE. Así, entre los principales aspectos que contempla la citada Directiva Europea 2003/55/CE destacan las obligaciones que los Estados podrán imponer a las empresas que operan en el sector del gas natural para proteger el interés económico general, las medidas de protección del consumidor que pueden referirse a la regularidad, a la calidad y al precio de los suministros, la supervisión de la seguridad de suministro, la obligatoriedad del establecimiento de normas técnicas, la designación y funciones de los gestores de redes de transporte o de distribución, y la posibilidad de explotación combinada de ambas redes, así como la organización del acceso a las redes.

La Directiva 2003/55/CE obligó a adaptar la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos, a su contenido y para ello se aprobó la Ley 12/2007, de 2 de julio, por la que se modifica la mencionada Ley 34/1998, de 7 de octubre. Como afirma el preámbulo de la norma, «las obligaciones de separación jurídica en el mercado liberalizado de las actividades de transporte, distribución, regasificación o almacenamiento por una parte, de las actividades de producción o suministro de gas natural, por otra, y la obligación de separación funcional que impone la Directiva 2003/55/CE, exige la adecuación a dicha Directiva del Título IV de la Ley 34/1998 sobre ordenación del suministro de gases combustibles por canalización». Y precisamente con el fin de «adaptar el régimen económico del sector a la nueva situación en la que son los comercializadores los únicos agentes que realizan el suministro en condiciones de libre competencia, con las excepciones necesarias para el suministrador de último recurso» procede la Ley 12/2007 a realizar las modificaciones necesarias en el capítulo V de la Ley 34/1998, en el que se inserta el art. 73.7, objeto de impugnación.

Por lo que se refiere específicamente a la autorización de instalaciones de distribución de gas a las que hace referencia el precepto impugnado, debemos destacar que con anterioridad a la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos, la distribución de gas se organizaba por medio de concesiones administrativas que, como tales, otorgaban a su titular el derecho a aprovechar en exclusiva el servicio público objeto de concesión dentro del término municipal al que se refería la misma. Tras la Ley 34/1998, se pasó a un régimen de autorizaciones donde podían coexistir en una misma zona diversas distribuidoras. En este sentido, la redacción del apartado 7 del art. 73 de la Ley 34/1998 era la siguiente: «Las autorizaciones de construcción y explotación de instalaciones de distribución podrán ser otorgadas mediante un procedimiento que asegure la concurrencia, promovido y resuelto por la Administración competente.»

Posteriormente, el Real Decreto-ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública, introdujo una nueva disposición adicional vigésima tercera en la Ley 34/1998, que consagró el principio de distribuidor exclusivo de la zona. Según dicha disposición, cuya redacción se mantiene actualmente en los mismos términos: «Sobre la zona de distribución de gas natural de una autorización administrativa no podrán concederse nuevas autorizaciones para la construcción de instalaciones de distribución, debiendo cumplir las obligaciones de servicio de interés general y extensión de las redes, impuestas en la legislación y en la propia autorización administrativa. Todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 78».

La exposición de motivos del Real Decreto-ley 5/2005 justificó la decisión de sentar el principio de exclusividad en la voluntad de eliminar prácticas ineficientes en el ámbito de la distribución de gas, pues es evidente que la coexistencia de varios distribuidores en un mismo ámbito territorial puede comportar la existencia de instalaciones redundantes.

La Ley 12/2007, de 2 de julio, mantuvo el principio de exclusividad consagrado en la disposición adicional vigésima tercera de la Ley 34/1998, pero dio nueva redacción al apartado 7 del art. 73 de la Ley 34/1998, sentando además el principio de preferencia a favor del distribuidor de la zona.

Por último, debemos tener presente que con el apartado 7 del art. 73, al igual que con la disposición adicional vigésima tercera de la Ley 34/1998, la legislación española ha hecho suyo un criterio que ya viene recogido, en lo que se refiere al gas natural, en la Directiva 2003/55/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2003, sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural. Así, su art. 4.4, bajo el título de «procedimiento de autorización», viene a consagrar el principio de monopolio natural, al establecer que «[s]in perjuicio de lo dispuesto en el artículo 24, a los efectos del desarrollo de zonas en las que el suministro sea reciente y de la eficacia del funcionamiento general, los Estados miembros podrán denegar nuevas autorizaciones para la construcción y explotación de redes de gasoductos de distribución en una zona determinada, una vez que se hayan construido o se haya propuesto la construcción de dichas redes de gasoductos en la citada zona y cuando no esté saturada la capacidad existente o propuesta».

4. Conforme a las consideraciones generales expuestas, procede a continuación examinar las concretas alegaciones de la Comunidad de Madrid. Así, en primer lugar, considera que los criterios del nuevo art. 73.7, establecidos con carácter básico de acuerdo con lo establecido en el art. 149.1.13 y 25 CE, y aplicables al otorgamiento de autorizaciones de construcción y explotación de instalaciones de distribución exceden del concepto material de bases derivado de la doctrina constitucional, puesto que agotan las posibilidades que, con arreglo a sus propias competencias, ostenta la Comunidad de Madrid para desarrollar y complementar la Ley teniendo en cuenta las peculiaridades del sector del gas natural en su ámbito territorial. Como consecuencia de ello, su impugnación se extiende también a la disposición final primera de la Ley 12/2007, en la medida en que atribuye el carácter de básico a dicho precepto.

Por lo que se refiere a la noción de bases o de normas básicas hemos señalado que «ha de ser entendida como noción material y, en consecuencia, esos principios básicos, estén o no formulados como tales, son los que racionalmente se deducen de la legislación vigente»; y que si bien las Cortes «deberán establecer qué es lo que haya de entenderse por básico, en caso necesario será este Tribunal el competente para decidirlo, en su calidad de intérprete supremo de la Constitución» (SSTC 32/1981, de 28 de julio, FJ 6; y 1/1982, de 28 de enero, FJ 1).

En relación con esta noción material, cuya delimitación por este Tribunal tiene como finalidad esencial procurar que la definición de lo básico no quede en cada caso a la libre disposición del legislador estatal, «pues ello permitiría dejar sin contenido las competencias autonómicas» (STC 80/1988, de 28 de abril, FJ 5), cabe agregar que lo que ha de considerarse como bases o legislación básica es «el común denominador normativo necesario para asegurar la unidad fundamental prevista por las normas del bloque de la constitucionalidad que establecen la distribución de competencias» (STC 48/1988, de 22 de marzo, FJ 3). Esto es, un marco normativo unitario, de aplicación a todo el territorio nacional (STC 147/1991, de 4 de julio, FJ 4), dirigido a asegurar los intereses generales y dotado de estabilidad –ya que con las bases se atiende a aspectos más estructurales que coyunturales (STC 1/1982, de 28 de enero, FJ 1)– a partir del cual «pueda cada Comunidad, en defensa de su propio interés, introducir las peculiaridades que estime convenientes dentro del marco competencial que en la materia correspondiente le asigne su Estatuto» (STC 49/1988, de 22 de marzo, FJ 16).

Tampoco podemos olvidar que este Tribunal ha reconocido la posibilidad de que determinada actividad ejecutiva sea calificada como «básica», cuando dicha actividad

afecta a intereses supracomunitarios y viene justificada por medidas indispensables para la preservación de lo básico o para garantizar la consecución de fines inherentes a la regulación básica (SSTC 49/1988, de 22 de marzo, FJ 32; y 135/1992, de 5 de octubre, FJ 3).

Como regla general, y de acuerdo con la doctrina expuesta, las bases deben garantizar la existencia en todo el Estado de un mínimo común denominador normativo dirigido a asegurar los intereses generales. En el caso concreto aquí examinado, los intereses generales que persigue la modificación de la normativa estatal por la Ley 12/2007 vienen señalados en el preámbulo de la ley y derivan de la necesidad de adaptarse a la Directiva 2003/55/CE con la finalidad de conseguir un mercado interior de gas natural plenamente liberalizado del que se pueda derivar una mayor competencia, reducción de precios y mejora en la calidad del servicio al consumidor final.

El art. 73.7 se refiere a las autorizaciones de construcción y explotación de instalaciones de distribución de gas natural. Se consideran instalaciones de distribución de gas natural «los gasoductos con presión máxima de diseño igual o inferior a 16 bares y aquellos otros que, con independencia de su presión máxima de diseño, tengan por objeto conducir el gas a un único consumidor, partiendo de un gasoducto de la red básica de transporte secundario» (art. 73.1 Ley 34/1998). La construcción, modificación, explotación y cierre de las instalaciones de distribución de gas natural, con independencia de su destino o uso, estarán sujetas a autorización administrativa previa. Las autorizaciones serán otorgadas por la Administración competente. Así, de conformidad con lo previsto en el art. 3.2 de la Ley 34/1998, corresponde al Estado autorizar las instalaciones de distribución de gas cuando salgan del ámbito territorial de una Comunidad Autónoma; en caso contrario la competencia será autonómica. En todo caso, sea cual sea la autoridad competente para conceder la autorización, el art. 73.7 establece unos criterios de valoración aplicables con carácter general para la concesión de las correspondientes autorizaciones de construcción y explotación de instalaciones de distribución de gas. Según dichos criterios, las autorizaciones deberán ser otorgadas preferentemente a la empresa distribuidora de la zona y, en caso de no existir distribuidor en la zona, se atenderá a los principios de monopolio natural del transporte y la distribución, red única y realización al menor coste para el sistema gasista.

El interés general o la finalidad perseguida por el apartado 7 del art. 73 de la Ley 34/1998 es reducir los precios en todo el territorio nacional. En este sentido, como señala el Abogado del Estado, es cierto que la abundancia de redes genera ineficacia que redundan en un perjuicio para el consumidor porque habría que hacer frente a los mayores costes que supondría retribuir unas inversiones no eficientes. Por este motivo, el legislador ha previsto que la empresa que ya tenga la autorización de una zona dispone de una ventaja sobre la zona de influencia aneja a su zona autorizada al gozar de preferencia para obtener una nueva autorización previa. Por tanto, no hay duda de que el principio de preferencia sobre las zonas adyacentes, así como el resto de criterios previstos en el art. 73.7, priman la eficiencia en beneficio del sistema gasista para lograr unas menores inversiones y, por extensión, una menor carga para los consumidores, en línea con los principios sentados por el art. 89.2 d) (obtener la mayor racionalidad y aprovechamiento económico de las instalaciones), 92.1 c) (determinar el sistema de retribución de los costes de explotación de forma que se incentive una gestión eficaz y una mejora de la productividad que deberá repercutirse en parte a los usuarios y consumidores) y 92.5 (tomar en consideración a la hora de fijar los peajes y cánones los costes incurridos por el uso de la red de manera que se optimicen el uso de las infraestructuras) de la ley.

En efecto, las actividades gasistas reguladas, entre las que se encuentran la regasificación, el almacenamiento básico, el transporte y la distribución, se ejercen de acuerdo a un régimen retributivo fijado por el poder público. Los recursos para retribuir estas actividades provendrán de las tarifas de último recurso, peajes y cánones, que son la contraprestación que el consumidor, el usuario de la red o de las instalaciones de transporte, o el usuario de la instalación, abona en virtud del correspondiente contrato. El

capítulo VII del título IV de la Ley 34/1998 se dedica al régimen económico de las actividades gasistas. Este capítulo ha sido desarrollado por el Real Decreto 949/2001, de 3 de agosto, por el que se regula el acceso de terceros a las instalaciones gasistas y se establece un sistema económico integrado del sector de gas natural. Este real decreto, como señala su exposición de motivos, pretende conjugar tres objetivos de la política energética y su aplicación al sector del gas natural, que se concretan en garantizar un desarrollo suficiente de las infraestructuras mediante un sistema de retribuciones que permita una adecuada rentabilidad de las inversiones; diseñar un sistema de tarifas, peajes y cánones basado en costes, con el fin de imputar a cada consumidor los costes en que incurra el sistema relativos a su consumo; y, por último, regular el acceso de terceros a la red, de forma que su aplicación sea objetiva, transparente y no discriminatoria. De acuerdo con su art. 15 la retribución de las actividades reguladas destinadas al suministro de gas natural se llevará a cabo con cargo a las tarifas, peajes y cánones y atenderá a los criterios generales siguientes: a) asegurar la recuperación de las inversiones realizadas por los titulares en el período de vida útil de las mismas; b) permitir una razonable rentabilidad de los recursos financieros invertidos; y c) determinar el sistema de retribución de los costes de explotación, de forma que se incentive una gestión eficaz y una mejora de la productividad que deberá repercutirse en parte a los usuarios y consumidores.

En consecuencia, como claramente se deduce de lo señalado, el sistema económico integrado supone que las inversiones realizadas tienen una repercusión directa en las tarifas que pagan todos los usuarios del gas natural. Por tanto, debemos afirmar que la fijación del principio de preferencia en la adjudicación de las autorizaciones de construcción y explotación previsto en el art. 73.7, al otorgar preferencia a la empresa que ya está en la zona geográfica y que, por tanto, ha realizado las correspondientes inversiones, contribuye a reducir los precios a pagar por el consumidor final. Lo mismo podemos decir del resto de criterios a los que se deberá atender de no existir distribuidor en la zona y que vienen a reforzar un principio consolidado y esencial para el funcionamiento del sistema del gas: el de monopolio natural en su distribución.

No hay duda, por tanto, de que los criterios fijados en el art. 73.7 contribuyen a reducir el precio final a pagar por el consumidor. Ahora bien, la cuestión a dilucidar en el presente recurso de inconstitucionalidad es determinar si resulta necesario que el Estado imponga dichos criterios con carácter general para la concesión de autorizaciones de construcción y explotación de instalaciones de distribución de gas –pues en ese caso el precepto debe ser calificado de básico– o si el mismo fin podría conseguirse si cada Comunidad Autónoma pudiera establecer los criterios objetivos que considere oportunos para otorgar la concesión.

La organización en red de gran parte de las infraestructuras de transporte y distribución de gas natural determina la formación de un mercado unitario en el que las decisiones empresariales y administrativas tendrán fácilmente repercusión global. En este sentido, la STC 24/1985, de 21 de febrero, reconoce que la elaboración de productos petrolíferos en una refinería, aunque esté localizada en un emplazamiento concreto, «está proyectada y regulada como una unidad, en relación con un mercado único, cuyas características y exigencias han determinado la fijación de la proporción de lo que de ella ha de destinarse al mercado nacional y a la exportación, así como la localización de los incrementos previstos de la capacidad de refinado por empresas o zonas geográficas y otros factores» (FJ 6). Por ello afirmamos que, «en algunas materias ciertas decisiones y actuaciones de tipo aparentemente coyuntural, que tienen como objeto la regulación inmediata de situaciones concretas, pueden tener sin duda un carácter básico por la interdependencia de éstas en todo el territorio nacional» (FJ 8).

Pues bien, la fijación por el Estado de unos criterios de adjudicación de las correspondientes autorizaciones de obligatoria ponderación por todas las Administraciones competentes debe considerarse una norma básica que trata de asegurar que en todo el Estado se tomen en consideración los mismos objetivos de eficiencia y economía del sistema. Si cada Comunidad Autónoma tuviera plena libertad para fijar los criterios de

adjudicación de las autorizaciones, el sistema gasista podría verse obligado a retribuir instalaciones redundantes si una Comunidad Autónoma decidiese no ponderar la ventaja objetiva que supone ser distribuidor de la zona, lo que encarecería el coste del gas a todos los usuarios. Como hemos señalado, la Ley ha optado por un sistema económico integrado en el que las inversiones que se lleven a cabo por las empresas encargadas de las actividades de transporte y distribución van a repercutirse directamente en las tarifas que satisfacen los usuarios del gas natural, de manera que las decisiones que se tomen en relación con las autorizaciones de instalaciones de distribución van a tener una repercusión inmediata en la retribución de las actividades gasistas. Por ello debemos entender que la fijación de unos criterios uniformes a observar en todo el territorio nacional para el otorgamiento de las correspondientes autorizaciones constituye una norma básica, con arreglo al art. 149.1.13 y 25 CE, que trata de evitar los posibles desequilibrios o desigualdades en el conjunto del sistema a los que podría conducir la fijación de criterios unilaterales por las Comunidades Autónomas.

Los argumentos expuestos, justificando que el art. 73.7 tiene la condición de norma básica al amparo de lo establecido en el art. 149.1.13 y 25 CE, deben ser, lógicamente, reiterados para rechazar la inconstitucionalidad que la Comunidad Autónoma de Madrid dirige también contra la disposición final primera de la Ley 12/2007, en la medida en que atribuye la condición de norma básica al art. 73.7.

5. Alega también la Comunidad de Madrid que la nueva redacción dada al apartado 7 del art. 73 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, por la Ley 12/2007, de 2 de julio, conculca el art. 38 CE. A su entender, el precepto impugnado, en la medida que no permite concurrir en igualdad de condiciones a todas las empresas distribuidoras para obtener autorización de construcción o explotación, en detrimento de aquella que tuviese ya otorgada la autorización en la zona, impide sostener la actividad empresarial en libertad. Por su parte, para el Abogado del Estado, el legislador no pretende con esta norma limitar o impedir la competencia sino evitar que la supresión absoluta del principio de monopolio natural produzca un aumento de costes que perjudique el funcionamiento del mercado aumentando el precio final a pagar por el consumidor.

Con relación a la libertad de empresa «hay que recordar que el art. 38 del texto constitucional dispone que los poderes públicos garantizan el ejercicio de la libre empresa de acuerdo con las exigencias de la economía general. Dicho mandato debe ser interpretado poniéndolo en relación, primero, con los arts. 128 y 131 CE [SSTC 37/1981, de 16 de noviembre, FJ 2; 111/1983, de 2 de diciembre, FJ 10; y 225/1993, de 8 de julio, FJ 3.b)], viniendo a implicar, fundamentalmente, el derecho a iniciar y sostener una actividad empresarial (STC 83/1984, de 24 de julio, FJ 3) y a hacerlo en libre competencia (SSTC 88/1986, de 1 de julio, FJ 4; y 135/1992, de 5 de octubre, FJ 8), lo que exige, entre otras cosas, la defensa de los empresarios contra prácticas, acuerdos, conductas o actuaciones atentatorias de esa libertad (STC 71/1982, de 30 de noviembre, FJ 15)» (STC 96/2002, de 25 de abril, FJ 11). El derecho a la libertad de empresa, como hemos recogido en la STC 18/2011, de 3 de marzo, no es absoluto e incondicionado sino limitado por la regulación que, de las distintas actividades empresariales en concreto, puedan establecer los poderes públicos, limitaciones que han de venir establecidas por la ley, respetando, en todo caso, el contenido esencial del derecho. Este Tribunal ha resaltado en distintas ocasiones que las actividades empresariales han de ejercerse «con plena sujeción a la normativa sobre ordenación del mercado y de la actividad económica general» [SSTC 225/1993, de 8 de julio, FJ 3 b), y 112/2006, de 5 de abril, FJ 8], o que «la vigencia de la libertad de empresa no resulta constitucionalmente resquebrajada por el hecho de la existencia de limitaciones derivadas de las reglas que disciplinen, proporcionada y razonablemente, el mercado» [SSTC 127/1994, de 5 de mayo, FJ 6 b); y 112/2006, de 5 de abril, FJ 8].

La libertad de empresa, «junto a su dimensión subjetiva, tiene otra objetiva e institucional, en cuanto elemento de un determinado sistema económico, y se ejerce dentro de un marco general configurado por las reglas, tanto estatales como autonómicas,

que ordenan la economía de mercado y, entre ellas, las que tutelan los derechos de los consumidores, preservan el medio ambiente, u organizan el urbanismo y una adecuada utilización del territorio por todos» [STC 227/1993, de 9 de julio, FJ 4 e)].

Como dijimos en la STC 88/1986, de 1 de julio (FJ 4) «el reconocimiento de la economía de mercado por la Constitución, como marco obligado de la libertad de empresa, y el compromiso de proteger el ejercicio de ésta –art. 38, inciso segundo– por parte de los poderes públicos supone la necesidad de una actuación específicamente encaminada a defender tales objetivos constitucionales. Y una de las actuaciones que pueden resultar necesarias es la consistente en evitar aquellas prácticas que puedan afectar o dañar seriamente a un elemento tan decisivo en la economía de mercado como es la concurrencia entre empresas, apareciendo así la defensa de la competencia como una necesaria defensa, y no como una restricción, de la libertad de empresa y de la economía de mercado, que se verían amenazadas por el juego incontrolado de las tendencias naturales de éste».

Una vez recordada, en síntesis, la doctrina constitucional sobre el derecho a la libertad de empresa, debemos valorar si resulta proporcionada la preferencia que el precepto controvertido otorga a las empresas que han acometido inversiones en la zona a los fines de disminución del precio final a pagar por el consumidor, para así determinar si la regla señalada resulta adecuada y justificada por su fin. Como ya hemos señalado, todas las empresas pueden concurrir en condiciones de igualdad en las nuevas zonas que se pretendan gasificar, ahora bien, en las zonas en las que ya existe un distribuidor el art. 73.7 de la Ley 34/1998 concede preferencia para otorgar la correspondiente autorización a la empresa que ha acometido las inversiones necesarias en dicha zona, pero sin que ello suponga la obligación de otorgarla necesariamente a su favor negando toda oportunidad a otra empresa. Aquella que ya tenga la autorización de una zona dispone de una ventaja no definitiva sobre la zona de influencia aneja a su zona autorizada, de manera que no gozará de exclusividad sino de preferencia para obtener la nueva autorización. Esta medida no es, por tanto, excluyente del acceso al mercado pues no impide que puedan otorgarse nuevas autorizaciones previas en libre concurrencia, respecto de las cuales, no obstante, tendrá preferencia la empresa que ya está en la zona geográfica o área de influencia adyacente a la nueva zona para la que se solicita autorización. En consecuencia, el precepto impugnado no vulnera el derecho a la libertad de empresa recogido en el art. 38 CE, ya que la medida resulta proporcionada y razonable al objetivo perseguido con la misma, al tratar de primar la eficiencia en beneficio del sistema gasista para lograr unas menores inversiones y conseguir así un menor precio para el consumidor final.

6. Por último, sostiene la Comunidad de Madrid que la nueva redacción dada al apartado 7 del art. 73 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, por la Ley 12/2007, de 2 de julio, conculca el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos recogido en el art. 9.3 CE, pues no se limita a plasmar una opción política del legislador sino que contiene una auténtica discriminación que afecta a las empresas distribuidoras que no ostenten la condición de autorizadas en la zona, y ello sin justificación alguna de índole técnica que permita defender tal medida. Por su parte, para el Abogado del Estado es claro que tal precepto no vulnera el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos porque ni la medida adoptada establece una discriminación arbitraria, ni carece de una finalidad razonable.

En relación con el principio de interdicción de la arbitrariedad debemos recordar nuestra doctrina, según la cual «al examinar un precepto legal tachado de arbitrario, el análisis se centra en efectuar una doble verificación: en primer lugar, si la norma legal cuestionada establece una discriminación, pues la discriminación entraña siempre una arbitrariedad; y, en segundo lugar, si aun no estableciéndola, carece de toda explicación racional, pues en tal caso, supondría una arbitrariedad» (SSTC 27/1981, de 20 de julio, FJ 10; 66/1985, de 23 de mayo, FJ 1; 108/1986, de 29 de julio, FJ 18; 65/1990, de 5 de abril, FJ 6; 142/1993, de 22 de abril, FJ 9; 212/1996, de 19 de diciembre, FJ 16; 116/1999, de 17 de junio, FJ 14; 74/2000, de 14 de marzo, FJ 4; STC 131/2001, de 7 de junio, FJ 5;

96/2002, de 26 de abril, FJ 6; 242/2004, de 16 de diciembre, FJ 7; y 47/2005, de 3 de marzo, FJ 7). Basta, entonces, con que una determinada norma legal posea una finalidad legítima y racional, y que el medio adoptado no sea discriminatorio, para que quede ahí agotado el enjuiciamiento de su posible arbitrariedad (STC 142/1993, de 22 de abril, FJ 9). En otros términos, «si la norma de que tratamos no se muestra como desprovista de fundamento, aunque pueda legítimamente discreparse de la concreta solución, entrar en un enjuiciamiento de cual sería su medida justa supone discutir una opción tomada por el legislador que, aunque pueda ser discutible, no resulta arbitraria ni irracional (en sentido idéntico, STC 44/1988, de 22 de marzo, FJ 13)» (STC 104/2000, de 13 de abril, FJ 8).

Conforme a la doctrina expuesta, es evidente que la medida adoptada por el legislador –establecer un principio de preferencia a favor de la empresa que ya opera en la zona geográfica– podrá ser criticable desde un punto de vista técnico o económico, pero en modo alguno merece reproche desde el punto de vista constitucional en su contraste con el principio de interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3 CE), pues ni la media adoptada establece una discriminación arbitraria ni tampoco carece de una finalidad razonable. En este sentido, el diferente tratamiento que el precepto establece entre las posibles empresas distribuidoras en función de que dispongan o no de autorización administrativa previa para una zona determinada no resulta arbitrario ni carente de finalidad, al perseguir que las empresas tengan que realizar unas menores inversiones y con ello lograr una menor carga económica para el consumidor final. Si el principio de preferencia que establece el art. 73.7 de la Ley 34/1998 trata de primar la eficiencia y evitar que la redundancia de redes genere un perjuicio para el consumidor porque habría de hacer frente a los mayores costes que supondrían nuevas inversiones, no cabe duda que desde la perspectiva de la arbitrariedad ningún reproche se puede hacer al precepto impugnado.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Desestimar el presente recurso de inconstitucionalidad.

Dada en Madrid, a diecinueve de junio de dos mil doce.–Pascual Sala Sánchez.–Eugeni Gay Montalvo.–Javier Delgado Barrio.–Elisa Pérez Vera.–Ramón Rodríguez Arribas.–Manuel Aragón Reyes.–Pablo Pérez Tremps.–Francisco José Hernando Santiago.–Adela Asua Batarrita.–Luis Ignacio Ortega Álvarez.–Francisco Pérez de los Cobos Orihuel.–Firmado y rubricado.