

## II. EXTRANJERA

# EL SERVICIO PÚBLICO LOCAL EN LA DISCIPLINA DEL MERCADO INTERNO DE GAS NATURAL (\*)

STEFANO CIVITARESE MATTEUCCI  
Profesor de Derecho Administrativo  
Universidad G. d'Annunzio, Chieti-Pescara

1. *La normativa europea: una aproximación descriptiva.*—2. *La situación italiana. La transposición de la Directiva a través del Decreto Legislativo núm. 164, del 23 de mayo de 2000.*—3. *La modificación del Título V, parte II, de la Constitución italiana y el reparto de competencias en la regulación del sector energético.*—4. *La regulación del servicio de distribución y suministro: ¿servicio público o servicio universal?*—5. *El gas natural y la disciplina de los servicios públicos locales.*

### 1. LA NORMATIVA EUROPEA: UNA APROXIMACIÓN DESCRIPTIVA

La creación de un mercado interior sin fronteras, en el que esté asegurada la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales, representa uno de los objetivos fundamentales del ordenamiento comunitario. Objetivo que se encuentra en la base del diseño normativo que deberá completar el mercado interior, liberalizando el sector energético (1). Sólo a partir del Tratado de la Unión Europea se reconoce expresamente una competencia general comunitaria en materia energética (2), que prevé, en-

---

(\*) La presente obra constituye la reelaboración de una ponencia presentada en el XV Congreso Italo-Español de Derecho Administrativo, sobre *El Derecho de la Energía*, celebrado en Sevilla y Córdoba del 20 al 22 de mayo de 2004.

En esta ocasión quiero agradecer sus útiles consejos al Prof. Tomás FONT I LLOVET, al Prof. Alfredo GALÁN GALÁN y al Prof. Gianfranco CARTEI.

(1) La doctrina, no obstante, ha observado cómo la distribución de gas presenta algunas particularidades que hacen problemática la aplicación inmediata y directa de los principios comunitarios en materia de competencia y de libre circulación de mercancías y servicios: de una parte —en efecto—, una serie de derogaciones podrían estar justificadas en razón de que las empresas operadoras de tal sector estén encargadas de la gestión de servicios de interés económico general; de otra, la introducción de ámbitos de competencia efectivos presupondría la adopción de mecanismos específicos, capaces de superar el régimen de monopolio natural en el que dicha actividad se ejercita. Igualmente, no deberían descuidarse ámbitos como el de la protección del medio ambiente o de los consumidores, ni tampoco el de la seguridad pública, condiciones que podrían legitimar eventuales derogaciones posteriores, siempre respetando el principio de proporcionalidad. Cfr. G. CAIA y N. AICARDI, voz «Energía», en M. P. CHITI y G. GRECO (eds.), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, tomo II, Milán, 1997, págs. 675 y ss. (691-694).

(2) Antes del TUE, el Tratado constitutivo de la CEE no contenía disposición alguna

tre las atribuciones de la Comunidad, la adopción de una serie de medidas relacionadas con tal sector, como el fomento de la creación y el desarrollo de redes transeuropeas (3), etc. Esta situación ha llevado a una progresiva expansión de esta política comunitaria dirigida tanto a la coordinación de las políticas nacionales como a la consecución, esta vez mediante actos vinculantes (4), de determinados objetivos (5), relacionados con los intereses públicos y confiados a la protección de la Comunidad (6), que otorgan, a la política energética, un carácter instrumental y transversal para el cumplimiento de tales objetivos.

Desde este punto de vista, la Directiva CE núm. 30, del 22 de junio de 1998, ha establecido normas comunes para el transporte, la distribución, el suministro y el almacenamiento de gas natural (regulando también los procedimientos para la renovación de las autorizaciones), definiendo, además, los criterios de organización y funcionamiento del sector; así como los ámbitos de acceso al mercado y las modalidades de gestión de las redes. Asimismo, debemos hacer referencia a la reciente Directiva núm.

---

sobre energía, ni en términos generales ni con referencia a materias específicas como el gas o la electricidad. Semejante circunstancia era probablemente producida, en primer lugar, por la naturaleza bilateral de las relaciones entre los Estados miembros importadores y los países extracomunitarios, así como, bajo otro punto de vista, por la diversidad de las políticas nacionales sobre la materia, lo cual —incluso después de la grave crisis energética de los años setenta— ha contribuido a limitar la correspondiente acción comunitaria para la adopción de actos simplemente programáticos y no vinculantes, que por lo menos hasta la integración del Derecho primario, en los términos apenas indicados, no había ofrecido la base jurídica para dar comienzo a un Derecho derivado más sistemático y obligatorio. Vid. G. CAIA y N. AICARDI, voz «Energía», *ult. cit.*, págs. 675 y ss.

(3) Tanto para incrementar los intercambios, aumentar la seguridad de las provisiones e implementar la eficiencia energética: se trata, además, de la realización de objetivos en los cuales el Tratado involucra al Consejo para la definición de las orientaciones generales y a cada Estado miembro para la actuación concreta de dichos criterios directivos (siempre en aplicación del principio de subsidiariedad); manteniendo la posibilidad para la CE de cooperar con terceros países con el fin de promocionar proyectos de interés común.

(4) Entre las primeras iniciativas de carácter obligatorio ha asumido una particular importancia, por ejemplo, la introducción del deber de informar anualmente a la Comisión acerca de los proyectos de inversión, así como del régimen de publicidad encaminado a favorecer la transparencia de los precios y, también, las medidas orientadas a facilitar el acceso a las redes (por otra parte, restringidas a las cesiones entre Entes responsables de las mismas en los diferentes Estados miembros).

(5) Los elementos susceptibles de una regulación común se refieren, en sustancia, a la fase anterior a la introducción de los productos en el mercado, es decir, a la fase del abastecimiento (mediante extracción directa o por importación), allí donde la circulación está en gran parte sujeta a disciplinas diferentes en cada uno de los Estados, presuponiendo en esta parte del proceso productivo, una organización del servicio, de preferencia, en condiciones de monopolio natural. En el caso particular, la importación y exportación de hidrocarburos actualmente está, evidentemente, sujeta a la disciplina comunitaria aplicable a la generalidad de las mercancías; por otra parte, asumen, también en este campo, una importancia considerable los acuerdos comerciales y de cooperación (bilaterales o multilaterales) entre la CE y los países productores extracomunitarios. Cfr. G. CAIA y N. AICARDI, voz «Energía», *ult. cit.*

(6) Queremos hacer referencia, por ejemplo, a la protección del ambiente, a la búsqueda de la cohesión económica y social, a la política de la competencia y al objetivo de realizar un mercado interno real. Tales objetivos requerirían —con atención especial a la materia energética del gas natural— un adecuado grado de seguridad en el abastecimiento, así como también, en la misma fase, la reducción de la dependencia del extranjero.

2003/55/CE, del 26 de junio, que amplía las disposiciones de la precedente y que establece la completa liberalización del mercado del gas a partir de julio de 2007, de manera que todas las empresas de gas podrán acceder a todos los mercados en igualdad de condiciones, y todos los usuarios podrán elegir quién será su suministrador. La Directiva, además, promueve la realización de infraestructuras adecuadas, contiene disposiciones más rigurosas de separación entre las diferentes fases del proceso productivo, así como sobre la ampliación del acceso por parte de terceros. Igualmente se ocupa de la protección de otros intereses como, por ejemplo, «la seguridad del suministro, las obligaciones del servicio público y la necesidad de que las empresas de gas puedan cumplir sus tareas con holgura financiera» (7).

Desde otro orden de consideraciones, como ya sabemos, en el sector de la energía —a diferencia de lo que sucede con el de las telecomunicaciones— la política de liberalización abarca las fases de abastecimiento y de venta, pero no incluye, en cambio, las relacionadas con la instalación y el funcionamiento de las redes de energía, que, en la gran mayoría de los Estados miembros, se mantienen en un régimen de monopolio. En este caso, la política comunitaria considera las redes de energía como monopolios naturales, por lo cual, en lugar de favorecer la multiplicación de las redes, en favor de la libre competencia, ha tenido como objetivo la interconexión entre las redes ya existentes y el desarrollo de redes hacia áreas hasta el momento con mala cobertura o completamente sin ella.

En lo que a nosotros ahora interesa, se evidencia cómo la Directiva núm. 98/30 brinda una atención particularizada a las exigencias del «servicio público». Según la Consideración Decimosegunda, «*para garantizar la seguridad de suministro, la protección del consumidor y la protección del medio ambiente, para algunos Estados miembros puede ser necesaria la imposición de obligaciones de servicio público, puesto que, en su opinión, la libre competencia por sí misma no las garantiza*». Asimismo, el artículo 3.2 de la Directiva prevé que, por razones de interés económico general, los Estados podrán imponer a las compañías de gas natural *obligaciones de servicio público* para garantizar la seguridad del abastecimiento, la regularidad, la calidad y el precio de los suministros, así como la protección del medio ambiente. Estas obligaciones de servicio público deberán definirse claramente, ser transparentes, no discriminatorias y susceptibles de control. A su vez, el artículo 9.2 de la Directiva, con referencia a la fase —que en este momento más nos interesa— de *distribución y/o suministro*, autoriza a los Estados a imponer a las empresas distribuidoras o suministradoras la obligación de abastecer a los clientes situados en una zona determinada y/o pertenecientes a una determinada categoría, así como a fijar la tarifa de esos suministros obligatorios, por «ejemplo, para asegurar la igualdad de trato de los clientes interesados». Por lo que respecta a la dis-

---

(7) Así, G. ARIÑO ORTIZ y G. CASTIELLA, «El proceso de liberalización gasista español en el contexto europeo», ponencia presentada al XV Congreso Italo-Español de Derecho Administrativo, *El Derecho de la Energía*, celebrado en Sevilla y Córdoba del 20 al 22 de mayo de 2004.

tribución, el artículo 3.3 de la Directiva admite que los Estados miembros pueden decidir no autorizar (de acuerdo con el procedimiento establecido en el artículo 4) a las empresas que pretendan distribuir gas natural a través de gasoductos locales o regionales, en la medida en que la misma obstaculice el cumplimiento, de hecho o de derecho, de las obligaciones impuestas a las compañías de gas natural según el interés económico general, y siempre y cuando el desarrollo de los intercambios no resulte contrario a los intereses de la Comunidad, entre los que se encuentra, sin lugar a dudas, el de la competencia con respecto a los «clientes cualificados». Dentro de poco comprobaremos la importancia de esta disposición, en la medida en que permite el mantenimiento del monopolio de los Entes Locales sobre la gestión de las redes.

Entre las medidas comunitarias más significativas, al objeto de desarrollar un mercado competitivo del gas (además de las definiciones de las diferentes etapas del proceso productivo, sobre el cual vid. *infra*), están: la prohibición de estimular prácticas discriminatorias hacia los usuarios de la red o hacia categorías de usuarios de la misma (8), en particular si favorecen a empresas vinculadas; la obligación para las compañías de gas natural integradas, es decir, aquellas que desarrollan más de una de las actividades que caracterizan el mercado (por ejemplo, conducción y distribución), de llevar contabilidades separadas; el establecimiento de las modalidades de acceso a la red, que pueden ser negociadas (9) o reguladas (10) a elección de los Estados miembros. En relación con este último punto es importante la definición de «clientes cualificados», que se refiere a los usuarios con un consumo superior a un límite determinado o que cumplen con determinadas características específicas (11), los cuales solamente tienen la capacidad para concluir el contrato o para comprar el gas.

---

(8) La red está formada por «cualesquiera redes de conducción o distribución o instalaciones de GNL (Gas Natural Licuado) de las que sea propietaria o de cuya explotación se haga cargo una compañía de gas natural, incluidas sus instalaciones de servicios auxiliares, así como las de las empresas vinculadas necesarias para dar acceso a la conducción y a la distribución; diversificar las fuentes y garantizar el abastecimiento a los clientes». Definiendo como una «compañía de gas natural» cualquier persona jurídica o física que realice al menos una de las actividades siguientes: producción, conducción, distribución, suministro, compra o almacenamiento de gas natural, incluido el gas natural licuado, y que lleve a cabo las tareas comerciales, técnicas o de mantenimiento relacionadas con estas funciones, pero sin incluir a los clientes finales.

(9) En el caso de acceso negociado, los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para que las empresas de gas natural y los clientes cualificados, que se encuentren dentro o fuera del territorio que abarque la red interconectada, puedan negociar el acceso a ésta y celebrar contratos de suministro entre sí mediante acuerdos comerciales voluntarios.

(10) Concediendo mediante autorización el derecho de acceso a la red, con arreglo a las tarifas publicadas y/o a las demás condiciones y obligaciones para la utilización de dicha red.

(11) En especial, los Estados miembros están llamados a adoptar todas las medidas necesarias para asegurar la extensión de esta categoría a todos los productores integrados de gas natural y de energía eléctrica (fuera del nivel de consumo anual), así como a los demás clientes finales cuyo consumo supere el umbral de los 25 millones de metros cúbicos de gas sobre una base de trabajo dividida por áreas geográficas.

## 2. LA SITUACIÓN ITALIANA. LA TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA A TRAVÉS DEL DECRETO LEGISLATIVO NÚM. 164, DEL 23 DE MAYO DE 2000

En Italia, la industria del gas históricamente se ha caracterizado por una fuerte intervención pública, que abarca desde la formación de la actividad empresarial hasta el control real de la propiedad de las empresas. A tal situación han contribuido, en primer lugar, el estrecho vínculo entre ciertos intereses y las actividades de producción y distribución de los productos energéticos, así como los elevados costes de las infraestructuras necesarias para los abastecimientos, los almacenamientos y la distribución del gas, y, en segundo lugar, los largos períodos de reembolso financiero de las inversiones. En el momento de la promulgación del Decreto Legislativo núm. 164, del 23 de mayo de 2000 —de adaptación de la Directiva comunitaria núm. 98/38 según las indicaciones del artículo 41 de la Ley de delegación núm. 144, del 17 de mayo de 1999—, el mercado del gas natural era «casi un monopolio» de la Eni S.p.a. (12), a través de sus propias empresas controladas: Agip, Snam e Italgas, que controlaban todo el proceso del gas, especialmente las fases relacionadas con la producción, la importación y la conducción por medio de redes de transporte tanto dorsal —respecto a la conducción a alta presión en los puntos de producción o importación— como secundario —que comprende todas las conexiones que unen las redes dorsales con los puntos de consumo—, de propiedad de la Snam (13). Solamente en lo que se refiere a la distribución civil el monopolio de las grandes empresas del Estado se ha visto atenuado, ya que alrededor de las dos terceras partes de los Ayuntamientos que se sirven del metano lo hacen a través de empresas públicas o privadas distintas de Italgas. La liberalización está produciendo, entre otras cosas, fundamentalmente en el mundo de las *public utilities* locales, una significativa modificación de las características del sector, en virtud de la estrecha relación de funcionalidad entre la rentabilidad de cada una de las fases productivas y el grado de regulación existente.

Con las normas de incorporación de la Directiva, el Estado italiano ha intentado redefinir el ordenamiento general de la industria y del mercado del gas natural (14). Las normas que ha incorporado la Directiva núm. 98/30 han conferido al Gobierno un mandato muy amplio, cuyos criterios orientadores generales pueden reducirse a los cuatro puntos siguientes: la eliminación de las diferencias normativas y de cualquier eventual privile-

(12) El ex Ente estatal en el sector de los hidrocarburos, transformado en sociedad de Derecho privado en el 1992 y después progresivamente privatizado en sentido sustancial, desde el 1995 al 1998, a través de la venta de la mayoría del capital social a sujetos privados. El Ministerio del Tesoro mantiene una cuota del capital social igual al 37%.

(13) Vid. Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, *Indagine conoscitiva sul settore del gas naturale*, proceso núm. 5472, del 6 de noviembre de 1997, en «Boll. dell'Auto-rità», núm. 45/1997.

(14) Sobre el tema, vid. por todos G. NAPOLITANO, «L'energia elettrica e il gas», en S. CASSESE (dir.), *Trattato di diritto amministrativo* (Parte especial), vol. III, Milán, 2003, págs. 2190 y ss.

gio entre los operadores; la previsión de una separación societaria dentro de las compañías integradas, productoras de gas y de energía eléctrica, siempre y cuando ello resulte rentable para el desarrollo del mercado correspondiente; la elección de una disciplina de acceso a las redes, que esté regulada de acuerdo con la información de las tarifas de uso y de la actividad de almacenamiento, y, en último término, la apertura del mercado en desarrollo de la libre competencia, así como de la garantía del abastecimiento.

Por otro lado, el Decreto Legislativo ha aclarado que la finalidad principal de la nueva disciplina sectorial es la liberalización del mercado interior del gas natural «en cualquiera de sus formas y utilización», es decir —al mismo tiempo—, en las diferentes fases de importación, exportación, conducción, suministro, distribución y venta.

En efecto, el proceso productivo de la industria del gas está articulado en cinco fases esenciales: 1) el abastecimiento (mediante importación o extracción directa); 2) la conducción y el suministro (15); 3) el almacenamiento en el interior de los yacimientos; 4) la distribución, y 5) la venta a los clientes finales.

La actividad de importación del gas natural producido en países que no pertenecen a la UE está condicionada a la obtención de una autorización previa por parte del Ministerio de las Actividades Productivas, expedida sólo a los sujetos interesados que cumplan con ciertos requisitos necesarios de capacidad técnico-financiera y de garantía tanto sobre el abastecimiento como sobre el origen del gas. Por el contrario, la actividad de importación del gas natural producido en países de la UE está, en cambio, sujeta a la simple comunicación (dentro de los sesenta días posteriores al inicio de la misma) al Ministerio de las Actividades Productivas y a la Autoridad competente del contenido del contrato (16). La actividad de importación considerada en su conjunto —aun siendo sustancialmente libre— exige, sin embargo, una empresa de considerables dimensiones. Situación que ha provocado la constitución de una especie de monopolio de hecho, que en Italia tiene como protagonista a la Snam Rete Gas. La importación exige mantener las relaciones con aquellos suministradores que, en muchas ocasiones, son representantes de los mismos Estados productores, así como una capacidad financiera que pueda soportar los riesgos derivados de la firma de contratos complejos y de larga duración (entre veinte y veinticinco años); además de la construcción de infraestructuras fijas

---

(15) Lo que equivale a decir «la actividad dirigida a impartir las disposiciones para la utilización y el ejercicio coordinado de las infraestructuras de explotación, de las redes de conducción y de distribución y de los servicios auxiliares» —letra j) del art. 2 del Decreto Legislativo núm. 164, del 23 de mayo de 2000—. Dicha actividad es definida «de enlace» en el caso en que esté «condicionada únicamente por impedimentos eventuales o limitaciones de la red» —letra k) del mismo art. 2—.

(16) Tales como: «términos temporales y posibles extensiones previstas en el contrato»; «cantidades contractuales, que incluyen las posibilidades de modulación anuales y estacionales»; «indicaciones del país donde el gas ha sido producido y de las estructuras de conducción internacional utilizadas»; «obligaciones, en todo caso, unidas al contrato y a su ejecución, importantes para el cumplimiento de las finalidades de seguridad de la red».

muy costosas para la conducción de gas del país productor al país consumidor.

La extracción directa del gas dentro del territorio nacional —como alternativa a la importación— por parte de los titulares de licencias de investigación o de concesiones de explotación de hidrocarburos es libre, con la salvedad del régimen de autorización al que se encuentra sujeta la ejecución de tales actividades específicas.

La conducción y el suministro son «actividades de interés público» y, por lo tanto, la normativa se limita a disponer, en estas fases del proceso productivo, la obligación de las empresas operadoras de permitir, a todos los usuarios que lo soliciten, el acceso a su propia red allí «donde el sistema del que éstas dispongan tenga una capacidad cualificada, y siempre y cuando las obras necesarias [...] sean técnica y económicamente posibles con base en los criterios establecidos por la Autoridad para la energía eléctrica y el gas».

El suministro de gas natural, a través de líneas directas, está sujeto a la autorización expedida por la Región competente territorialmente conforme a criterios objetivos y no discriminatorios, previa consulta al Ayuntamiento interesado. Por otro lado, la etapa de la conducción materialmente explotada por una única empresa, en razón de las costosas inversiones fijas necesarias, en gran parte no recuperables, lo que viene a determinar la formación de una economía de escala unida al desarrollo de la red. Como ya se dijo, la conducción consiste en la actividad de transporte del gas por redes de gasoductos de alta presión desde los países productores, así como desde los yacimientos de producción nacional o bien desde los campos de almacenamiento, hasta la entrada en las redes de distribución para su suministro a los clientes. Por el momento, en Italia la Snam es la única empresa que dispone de una red de conducción a escala nacional.

La explotación del almacenamiento está condicionada a una concesión acordada por el Ministerio de las Actividades Productivas, previa consulta al Comité Científico de Hidrocarburos y de Geotérmica, por un período máximo de veinte años. La renovación de la concesión está subordinada a la evaluación de la capacidad técnica, económica y organizativa de los solicitantes, así como a la posibilidad concreta de llevar a cabo, en garantía del interés público, un programa de conformidad con las finalidades dispuestas en la Ley. La concesión de la explotación del almacenamiento puede ser acumulada con la concesión de la actividad de extracción, siendo necesario en este caso que esta última formalmente cese y termine por confluir con la primera en materia de derechos y obligaciones.

En definitiva, el suministro del gas a los usuarios civiles o industriales es el punto final del complejo sistema que se ha descrito, sistema que, como se evidencia, es de gran importancia para la formación organizativa y jurídica de los «servicios».

### 3. LA MODIFICACIÓN DEL TÍTULO V, PARTE II, DE LA CONSTITUCIÓN ITALIANA Y EL REPARTO DE COMPETENCIAS EN LA REGULACIÓN DEL SECTOR ENERGÉTICO

Sobre la normativa que se está analizando y, concretamente, por lo que respecta tanto al sector del gas como al sector de los servicios públicos locales, ha incidido la reforma del Título V, parte II, de la Constitución italiana, realizada por la Ley constitucional núm. 3, de 18 de octubre de 2001. Ley que diseña un nuevo reparto de competencias legislativas y reglamentarias entre el Estado y las Regiones, inspirado en un modelo de tipo federal.

Según el nuevo artículo 117 de la Constitución, las Regiones tienen competencia legislativa sobre todas las materias que la norma constitucional no atribuya expresamente al Estado (competencia residual).

El Estado, a su vez, mantiene un poder legislativo exclusivo dentro de un conjunto determinado de materias de importancia fundamental o de carácter unitario (por ejemplo, política exterior, defensa y seguridad del Estado, jurisdicción, moneda y protección del ahorro, orden público, etc.). Entre estas materias de competencia normativa exclusiva del Estado, haremos referencia más adelante a algunas que revisten una importancia particular para los fines del presente trabajo.

Encontramos, después, una segunda lista de materias en las que la competencia legislativa está repartida entre el Estado y las Regiones: al primero le corresponde dictar los principios fundamentales de la materia, mientras que a las segundas, dentro del marco establecido por tales principios, les corresponde desarrollar la disciplina. Entre estas materias «compartidas» se incluyen la producción, la conducción y la distribución nacional de la energía.

En este marco, es necesario considerar el difícil papel de la Autoridad para la Energía Eléctrica y el Gas, que si bien, desde el punto de vista de la estructura, pertenece al Estado, «desarrolla tareas que, según parte de la doctrina, la nueva formulación del artículo 117 de la Constitución parece reservar a las Regiones» (17).

Sin embargo, puede observarse que las tareas de la Autoridad de regulación están concebidas para dialogar tanto con el Estado como con las Regiones, y por ello el problema más relevante sigue siendo el de establecer la frontera entre la normación de principio, correspondiente al Estado, y la normación de desarrollo, atribuida a las Regiones.

Si se pretende definir el contenido de la competencia de las Regiones de modo residual, es necesario identificar de manera suficientemente clara la extensión de la regulación de principio, que, según una postura

---

(17) Así, C. SCARPA, *Titolo V e politica energetica: per favore riformiamo la riforma*, en «Mercato, concorrenza, regole», núm. 2/2002, págs. 389 y ss., que considera, entre otras cosas, que el federalismo que caracteriza la política energética acaba por oponerse a los incentivos comunitarios para el desarrollo de la libre competencia, que exige un mercado más uniforme y menos propenso a sufrir los «cuellos de botella» propios de los particularismos locales.

doctrinal, coincide con la fijación de los objetivos generales del servicio, de las características básicas de las legislaciones regionales y de las «modalidades de cooperación en las fases de implementación de las normas» (18).

Con el fin de crear un marco legislativo unitario de nivel nacional, es necesario subrayar que el segundo apartado del nuevo artículo 117 de la Constitución indica, entre los sectores reservados a la competencia legislativa estatal exclusiva, la protección de la libre competencia, la protección del medio ambiente, la determinación de los niveles esenciales de las prestaciones relativas a los derechos civiles y sociales que tengan que ser asegurados en todo el territorio nacional, y la determinación de las funciones fundamentales de los Entes Locales. Como fácilmente se observa, se trata de materias que, por su naturaleza transversal respecto a otras materias, asumen particular importancia para la disciplina del sector energético. Lo mismo podría decirse de otros sectores sobre los que existe un poder legislativo complementario entre el Estado y las Regiones, por ejemplo en materia de gobierno del territorio y de financiación de las innovaciones en los sectores productivos.

Los riesgos derivados de la concurrencia de competencias que realiza el nuevo Título V de la Constitución se relacionan con la alta probabilidad de que el Estado invada el ámbito competencial legislativo reservado a las Regiones, así como con la posibilidad de que exista una diversidad excesiva entre las distintas normativas locales. Es evidente que el Estado tiene la complicada tarea de encontrar el punto de equilibrio para estos dos problemas, por medio de la elaboración de una normativa que no sea ni tan de «principio» ni tan de «detalle».

Con todo, la elección hecha por el legislador constituyente en el 2001, de una parcial descentralización normativa del sector energético, parece encontrar una justificación en el hecho de que las fases de producción, conducción y distribución nacional de la energía pueden provocar efectos positivos en todo el sistema, pero efectos negativos (emisiones contaminantes, impacto ambiental) exclusivamente en el ámbito local afectado (19).

En cuanto a los servicios públicos locales, valen, en parte, las mismas consideraciones hechas en relación con el sector del servicio del gas. El marco normativo de los servicios públicos locales ha sido reformado por el artículo 35 de la Ley Financiera, núm. 448 de 2001, a su vez modificada en el 2004 (reforma esta última a la que nos referiremos en el punto quinto). En el artículo 117 de la Constitución no hay una materia llamada «servicio público» o «servicios públicos locales», así que, según el principio de competencia legislativa residual de las Regiones, el poder legislativo en esta materia sería exclusivamente regional. Sin embargo, hay numerosas materias transversales de competencia estatal que justifican una

---

(18) Así, R. GALBIATI y L. VACIAGO, *Il governo dell'energia dal decentramento alla riforma costituzionale: profili economici*, en «Mercato, concorrenza, regole», núm. 2/2002, pág. 373.

(19) Vid. *op. ult. cit.*, págs. 360 y ss.

intervención del Estado para regular distintos aspectos de los servicios públicos locales; en particular, la protección de la libre competencia, la determinación de los niveles esenciales de las prestaciones relativas a los derechos civiles y sociales que tengan que ser asegurados en todo el territorio nacional, y la determinación de las competencias fundamentales de los Entes Locales. Por lo demás, en las dos Leyes Financieras citadas, no todas las normas se refieren a tales materias y, por el contrario, algunos aspectos deberían ser regulados a través de fuentes normativas regionales y locales.

Para los fines del presente trabajo, es suficiente observar que la regulación de la libre competencia y la liberalización del mercado de los servicios públicos locales son materias de las que puede legítimamente ocuparse el Estado y, por tanto, es posible discutir sobre la situación actual de la regulación normativa, en lo que atañe a tales aspectos, sin preocuparse excesivamente de eventuales problemas de inconstitucionalidad. Recientemente, la Corte Constitucional, en su Sentencia núm. 272 de 2004, ha suministrado una indicación clara en tal sentido, afirmando que la regulación contenida en el artículo 113 del Texto Refundido de los Entes Locales (Decreto Legislativo núm. 167 de 2000, modificado por las dos Leyes anteriormente citadas) no puede ser considerada una invasión de la potestad legislativa regional por el hecho de incluir, dentro de la *protección* de la libre competencia, la *promoción* de la misma, en los ámbitos en los que ésta no exista (20).

#### 4. LA REGULACIÓN DEL SERVICIO DE DISTRIBUCIÓN Y SUMINISTRO: ¿SERVICIO PÚBLICO O SERVICIO UNIVERSAL?

Las fases del proceso productivo del gas, tradicionalmente asociadas con la dimensión local y la técnica del servicio público, son las de la distribución y suministro a los usuarios finales, sobre las cuales también incide la nueva regulación a través de medidas de liberalización de diferente alcance, ya sea para la distribución, ya sea para la venta. Precisamente estas dos actividades son las que, antes de la entrada en vigor del Decreto Legislativo núm. 164 de 2000, eran desarrolladas por los Entes Locales, en régi-

---

(20) En esta ocasión, la Corte Constitucional ha precisado, además, que la tutela de la libre competencia es una materia-función que no tiene una extensión rigurosamente precisa y determinada, pero que, por así decirlo, es «transversal» (cfr. Sentencia núm. 407 de 2002), ya que se entrelaza profundamente con una pluralidad de intereses, algunos de los cuales entran en la esfera de competencia concurrente o residual de las Regiones. Por lo tanto, el hecho que se debe verificar, cuando el Estado ejercita la potestad legislativa exclusiva en esta materia, es que los diferentes «instrumentos de intervención se dispongan de forma racional y proporcional respecto a los objetivos esperados» (Sentencia núm. 14 de 2004). Con base en esta interpretación, la Corte, en la citada Sentencia núm. 272/2004, ha anulado algunas disposiciones que establecían normas demasiado detalladas para el trámite de las licitaciones públicas encaminadas a la elección del gestor del servicio público, considerando suficiente la referencia hecha a los estándares previstos por la normativa europea en materia de contratación pública. En todo caso, para los fines del presente trabajo, este aspecto puede ser tranquilamente dejado de lado.

men de exclusiva, según los modelos de gestión tipificados en el Texto Refundido de los Entes Locales (Decreto Legislativo núm. 267 de 2000).

Resulta oportuno hacer una breve referencia a las características fundamentales del sector de los servicios públicos locales, antes de la reforma a la que nos hemos referido al final del punto precedente, limitándonos a indicar los modelos de gestión, que se circunscriben a los cinco siguientes: gestión directa; concesión a sujetos privados; constitución de una sociedad de capital con participación de los Entes Locales; creación de una sociedad especial, y creación de una «institución». Esta última se dedica, en particular, a la prestación de servicios sociales. Las otras cuatro, en cambio, pueden ser utilizadas por los diferentes Entes Locales para gestionar servicios de importancia económica y empresarial.

Según la doctrina, los Entes Locales, que organizaban la prestación del servicio normalmente en régimen de monopolio, una vez tomada la decisión de asumir una determinada actividad como de servicio público, podían elegir uno de los modelos de gestión, a través de una evaluación ampliamente discrecional. Sin embargo, por lo que concierne a los servicios económicos, se trataba de escoger entre la constitución de una sociedad mixta o de una sociedad especial o la concesión a una empresa, ya que la gestión directa estaba limitada a los casos de actividades de menor entidad económica. En el primer y tercer casos, la exteriorización del servicio, a través de la constitución de un sujeto formalmente privado (la sociedad, que, desde el punto de vista del Derecho comunitario, es un organismo de Derecho público), o mediante la asignación a un sujeto privado, ya existente, del derecho a organizar y gestionar el servicio. En estos dos casos, los problemas que han interesado a la jurisprudencia (interna y comunitaria) han sido tanto el de la elección del socio privado de la sociedad como el de la elección del sujeto concesionario a través de una selección pública, ya que las normas no preveían una obligación expresa en este sentido.

Como se verá en el punto quinto, la falta de tal previsión ha llamado la atención de la Comisión Europea, para la que dicha normativa contrastaba con las Directivas comunitarias en materia de adjudicación de contratos públicos, hecho que, junto con otras causas, ha provocado la reforma de los modelos de gestión de los servicios públicos locales.

Sin embargo, la jurisprudencia italiana ya había concluido que, aunque no exista previsión expresa, para designar el socio, en una sociedad constituida por uno o más Entes Locales al fin de suministrar servicios públicos (independientemente de la respectiva cuota de capital público y/o privado) o para confiar a un sujeto privado una concesión de servicio público, era obligatorio convocar una licitación pública (21).

Como se puede apreciar, la normativa sobre las formas de gestión del servicio público no ha estado orientada hacia la liberalización del mercado de los servicios locales (por lo menos hasta el año 2001), puesto que se ha

---

(21) Para una eficaz síntesis de la evolución del sector de que se está discutiendo, desde sus orígenes hasta hoy, vid. M. DUGATO, «Servizi pubblici locali», en S. CASSESE (dir.) *Trattato di diritto amministrativo* (Parte especial), vol. III, Milán, 2003, págs. 2581 y ss.

fundado siempre sobre el presupuesto implícito de que cualquier actividad que persiguiera una finalidad de interés general debería estar reservada a los poderes públicos.

Volviendo al sector del gas natural, es posible examinar ahora las dos fases de la distribución y de la venta con más claridad. La distribución —definida en la Directiva núm. 98/30 como «el transporte de gas natural por redes de gasoductos locales o regionales para su suministro a los clientes»— es la única parte del proceso productivo que permanece dentro de la órbita de las funciones locales y en la que la apertura a la libre competencia se refiere a la adjudicación «en exclusiva» del derecho de explotación de la red de distribución. Esta fase está expresamente calificada como «actividad de servicio público» que puede ser asignada, «exclusivamente mediante licitación por un término no superior a doce años», a una sociedad de capital o a una sociedad cooperativa de responsabilidad limitada (22).

El objetivo es separar claramente el papel del Ente Local del de la empresa, además de regular las situaciones de monopolio mediante la introducción definitiva de prácticas de competencia «en» el mercado. Desde este punto de vista, las funciones de los Ayuntamientos están limitadas a la definición de las necesidades que el servicio debe satisfacer, sin ninguna tarea de gestión (23). Como se dice a menudo: el papel del Ente Local no es ya el de gestor, sino el de regulador (24).

En tal contexto, la cuestión más significativa es precisamente la encaminada a identificar las partes del servicio caracterizadas por un monopolio natural y/o por los deberes del «servicio público» regulados en las normas mediante instrumentos jurídicos especiales, distintos de aquellos que desarrollan la competencia «en» el mercado (25). Es evidente que, precisa-

---

(22) «A las licitaciones son admitidos, sin limitaciones territoriales, sociedad por acciones o de responsabilidad limitada, incluso con participación pública, y sociedades cooperativas de responsabilidad limitada, siempre que cumplan con los requisitos objetivos, proporcionales y no discriminatorios, con la única excepción de las sociedades y las por ellas controladas que en Italia o en otros Países de la Unión Europea, gestionen de hecho, o por disposición legal, acto administrativo o contrato, servicios públicos locales en virtud de asignación directa y no de concurso público». Los Entes Locales deben iniciar el procedimiento de licitación en el plazo del año anterior al vencimiento de la asignación precedente, de modo tal que se eviten soluciones de continuidad en la gestión del servicio.

(23) Los Entes Locales, también de forma asociativa, desarrollan actividades de dirección, vigilancia, programación y control sobre las actividades de distribución, estipulando preliminarmente con el gestor los contratos de servicio pertinentes, sobre la base de un modelo de referencia preestablecido por la Autoridad para la Energía Eléctrica y el Gas y aprobado por el Ministerio de las Actividades Productivas.

(24) En general, sobre los procesos de liberalización y regulación de los mercados, vid., para el caso de Italia, S. CASSESE, *La nuova costituzione economica*, Roma-Bari, 2004; para España, L. LÓPEZ DE CASTRO GARCÍA-MORATO y G. ARIÑO ORTIZ, *La competencia en sectores regulados*, Comares, Granada, 2003.

(25) Se puede, *en passant*, notar que es precisamente el deber de respetar las prácticas de la libre competencia del mercado del gas el que hace necesario, según lo previsto en el artículo 86.2 del Tratado CE, «seccionar los grupos de actividades económicas hoy en día acreditadas dentro de la compleja categoría de “servicios públicos” para identificar con precisión los momentos respecto de los cuales existe una exigencia efectiva de límites a la libre competencia» —D. SORACE, *Servizi pubblici e servizi (economici) di pubblica utilità*, en «Dir. Pubbl.», 1999, pág. 392—. Se han indicado ya las disposiciones de la Directiva núm. 98/30, que aparecen directamente inspiradas en la lógica del artículo 86 del Tratado.

mente aquí, se encuentra la división eventual, si existe, entre el mercado regulado y el servicio público (26). En la fase de distribución se encontraría —allí donde efectivamente se pueda realizar (en cuanto diferenciable de los deberes del servicio público)— el ámbito del servicio universal (27). Esto concierne, en particular, a la precondition del servicio consistente en el deber de conectar a las redes locales, donde opera el gestor, a todos los clientes residentes en el territorio que lo hayan solicitado (28). Sin embargo, no se trata de un deber incondicional, ya que se atenúa cuando la capacidad de las redes de distribución no sea adecuada y las obras necesarias para la conexión del cliente no sean técnica y económicamente viables, según los criterios establecidos por la Autoridad para la Energía Eléctrica y el Gas «en el respeto de las obligaciones derivadas de la *universalidad del servicio público*» (29). El coste de esta «misión específica» parece reflejarse en la competencia para la determinación de las tarifas por

(26) Sin hacer referencia a la discusión acerca de la definición y la naturaleza del servicio público, se parte del hecho de que un mercado regulado no es por sí mismo servicio público, a falta de la asunción por parte de un sujeto público de la tarea de organizar, para los ciudadanos, un determinado servicio. Obviamente, pueden ser declinaciones diferentes de la misma noción de regulación, puesto que hay posturas doctrinales que entienden por regulación solamente la condicional (o económica), es decir, aquella que se dirige a crear o mantener eficiente (estableciendo o restableciendo las prácticas de igualdad de las herramientas utilizadas) un mercado competitivo que involucre también a los usuarios (F. MERUSI, *Le leggi del mercato*, Bolonia, 2002, págs. 62 y ss.); y hay quien, por el contrario, incluye en la regulación también la finalista, que, en otras palabras, busca dirigir el mercado incluso hacia finalidades ulteriores (sociales) respecto al mero funcionamiento óptimo del mercado. Es particularmente interesante referirnos al tema del servicio universal a través del punto de vista de la regulación, puesto que algunos conciben aquél, a su vez, como una de las formas de regulación, ajeno por lo tanto al área tradicional del servicio público (*op. ult. cit.*); y otros lo contemplan como una versión actualizada y desubjetivizada del servicio público, encaminado a equilibrar el pleno ejercicio del principio de libre competencia (D. SORACE, *Servizi*, cit., pág. 393; F. SALVIA, *Il servizio pubblico: una particolare conformazione dell'impresa*, ivi 2000, pág. 546).

(27) Con relación al servicio universal, como es conocido, existe una variedad de opiniones en cuanto al alcance real de la noción y su relación con otras definiciones, europeas o italianas, como, por ejemplo, la de servicio de interés económico general o la de servicio público, sobre las que, además de los autores señalados en la nota precedente, vid. por todos G. CARTEI, *Il servizio universale*, Milán, 2003; G. NAPOLITANO, *Il servizio universale e il diritti dei cittadini utenti*, en «Mercato, concorrenza, regole», 2000, págs. 455 y ss.; M. CLARICH, *Servizio pubblico e servizio universale: evoluzione normativa e profili ricostruttivi*, en «Dir. Pubbl.», 1998, págs. 187 y ss.

(28) Sobre la cuestión, vid. M. CAPANTINI, *Il servizio universale e le sue modalità di finanziamento. La soluzione dei fondi di compensazione*, en «Riv. Ital. Dir. Pubbl. Comunitario», núm. 1/03, págs. 99 y ss.

(29) Sobre la «aparición» en el ordenamiento italiano de la fórmula del servicio universal justamente en el sector energético, a través de la previsión del artículo 2.12, letra f), de la Ley núm. 481 de 1995, cfr. G. SANTI, «Il servizio universale in Italia», en E. FERRARI (dir.), *I servizi a rete in Europa*, Milán, 2000, pág. 171. El autor juzga esta elección como «una huida hacia delante» que se revela, de hecho, carente de una utilidad concreta y, de cualquier modo (especialmente en el sector de la electricidad), producto de un malentendido sobre el significado de la noción. También G. CARTEI, *op. cit.*, págs. 211 y ss., considera que el sector del gas, no obstante las referencias normativas, no se corresponde exactamente con la figura del servicio universal, invocando la opinión de aquellos que creen que en materia de servicios energéticos no es posible establecer un contenido mínimo del servicio y, por consiguiente, no es posible distinguir entre prestaciones de base y prestaciones de valor agregado, diferencia que sería fundamental en materia de servicio universal.

parte de la Autoridad de la energía y, por tanto, en el precio del servicio (vid. *infra*). Para la fijación de las tarifas de distribución, la Autoridad debe tener en cuenta no sólo los factores relacionados con la investigación y los avances tecnológicos, hacia los que debe encaminarse la política de tarifas, sino también la necesidad de no penalizar las áreas en curso de metanización ni aquellas con altos costes unitarios. Para conseguir tales fines es posible prever instrumentos específicos de equiparación. Este sistema de reparto equitativo ha sido dispuesto por la Autoridad mediante la Deliberación núm. 237 de 2000 (30), imputando a las empresas operantes en áreas más densamente pobladas parte de los costes a través de la previsión de un *fondo de compensación temporal de costes elevados de distribución*. Igualmente, según este procedimiento, los Ayuntamientos pueden solicitar a las empresas de distribución la aplicación de una cuota agregada, no superior al 1% de las tarifas de distribución, que se destine como contribución para los gastos relacionados con el suministro del gas para los clientes en condiciones económicas difíciles, ancianos y minusválidos.

Que sean parte del servicio universal o sean deberes de servicio público, lo que evidencian dichas obligaciones es la naturaleza sistémica del sector del gas, en el que cada uno de los puntos de la red constituye un monopolio natural, en cuanto forma parte de un único proceso productivo, que está condicionado por cuanto sucede (tanto en sentido horizontal como en sentido vertical) en los demás puntos de la red. Por otra parte, al deber específico de conexión para quien lo solicite se agrega el de la regulación de la actividad del gestor a través de un contrato. La nueva disciplina establece la licitación pública y el contrato de servicio como los dos instrumentos principales de orden público, o funcional si se prefiere, para la adjudicación del «servicio», superando totalmente, como se verá más adelante, el régimen anterior, previsto en la Ley sobre el ordenamiento de las autonomías locales, en materia de modelos de gestión de servicios públicos.

De acuerdo con los principios del Derecho comunitario que se refieren a las situaciones de monopolio natural, en las que no se encuentran los competidores, la libre competencia debe al menos proteger el derecho exclusivo de gestión del servicio dentro de un límite temporal, de forma que se deba repartir respetando el término prefijado. Como es conocido, cuando no es posible la realización de un mercado abierto a la competencia entre empresas, la asignación de la posición de monopolio a una sola de ellas debe estar limitada razonablemente, de modo que permita poner periódicamente en juego a otros operadores potencialmente competidores para la gestión del servicio.

A tal fin, se adopta un criterio de sustitución capaz de mantener la duración del encargo por debajo de la duración del plan de amortización de inversiones. En virtud de este sistema, el nuevo gestor sustituye, en las financiaciones en curso, al antiguo gestor en todos sus derechos y obligacio-

---

(30) *Criteri per la determinazione delle tariffe per l'attività di distribuzione del gas e per la fornitura del gas ai clienti del mercato vincolato*, del 24 de octubre de 2000, núm. 237.

nes; mientras a este último le corresponde, a su vez, la cuota todavía no amortizada de las inversiones efectuadas. La duración máxima y definitiva que asegura el cumplimiento del programa financiero está destinada a garantizar que el valor residual de las amortizaciones no será tan elevado como para constituir una «barrera de entrada» de tipo financiero para el cumplimiento del nuevo mandato.

Las obligaciones de servicio público son el objeto fundamental del contrato de servicio, pero al mismo tiempo constituyen, si bien en una versión todavía no definitiva (31), los elementos sobre los cuales medir la capacidad y la oferta de las empresas que aspiran a obtener la concesión de la gestión en la fase de licitación. En tal caso es posible, en teoría, una cierta flexibilidad en las relaciones contractuales. En realidad, el margen operativo de los Entes Locales parece ser más bien exiguo si tenemos en cuenta que el contrato de servicio es estipulado conforme a un contrato *tipo* formulado por la Autoridad para la energía y aprobado por el Ministerio de las Actividades Productivas. Esta última situación permite considerar un aspecto importante en la reconstrucción completa del sistema de distribución/suministro del gas natural, consistente en la fuerte reducción de los espacios de autonomía local, fruto de la ya mencionada elaboración de un sistema normativo integrado en el que los Entes Locales son una rueda más del complejo engranaje, que aquí se contempla como un conjunto de actividades instrumentales destinadas a permitir la liberalización efectiva del suministro (venta) del servicio (32).

En cuanto a la separación entre las fases de distribución y venta, conviene hacer algunas ulteriores consideraciones, en la medida que nos van a permitir un mejor entendimiento de todo lo que hemos afirmado hasta el momento en lo que respecta al debilitamiento de las funciones locales. En efecto, el encargado del servicio de distribución gestiona tan sólo la red y no suministra a los usuarios, siendo exclusivamente responsable del mantenimiento, la seguridad y el desarrollo de la misma red (33).

---

(31) En particular, los objetivos de calidad, el plan de inversiones, el umbral y el movimiento de aumento de las tarifas, las transferencias reales del presupuesto para tareas de servicio público, se definen en la fase de adjudicación de la licitación. Dentro de tal cuadro, los términos concretos de suministro del servicio requieren un acuerdo entre las partes por medio del contrato de servicio. Por lo tanto, este último especifica los diferentes aspectos de gestión compatibles con los términos de adjudicación de la licitación y actualiza en intervalos regulares dichas especificaciones.

(32) G. CAIA y S. COLOMBARI, *Regolazione amministrativa e mercato interno del gas naturale*, en «Riv. Giur. En. Elett.», 2000, pág. 356.

(33) Para continuar vendiendo el gas al consumidor final después del 1.º de enero de 2003, quien distribuya el gas debe crear una sociedad específica para la venta, completamente independiente de la que lo distribuye. A menudo, las sociedades de suministro nacidas de la separación de las compañías monopolistas asumen una razón social parecida a la del mismo distribuidor. Estas últimas sociedades, aun pudiendo gozar, especialmente a corto plazo, de algunas ventajas desde el punto de vista de su presencia consolidada en el mercado local, se encuentran, sin embargo, abocadas a competir en mercados no solamente limitados en el ámbito local, sino con una gran necesidad de extender el radio de acción de la actividad, ya sea en el plano territorial o en aquel de la diferenciación de las actividades (las así llamadas empresas *multiutility*). En cada caso, las reformas parecen ofrecer nuevos escenarios de política industrial. El orden protegido y no competitivo de los servicios públicos locales ha inhibido el dimensionamiento correcto de los sujetos suministradores, al no

Se podría incluso poner en duda —no obstante la expresa calificación legislativa de servicio público— que sólo el «mantenimiento» de la red constituya un servicio público, aun faltando la relación directa con los usuarios (que da lugar a una relación triangular Administración/gestor/usuarios a la que se refiere la jurisprudencia interna y comunitaria), en cuanto a lo que significa la noción de servicio público y que la distingue de las diferentes formas de gestión de las actividades económicas como de los contratos públicos de servicios. En realidad, el gestor de la red se limita a ponerla a disposición de los vendedores de gas por cuenta de quienes efectúan la conducción (34). En todo caso, a propósito de la reforma del sector de los servicios públicos locales, veremos más adelante las implicaciones de carácter más general del principio de separación entre suministro del servicio y gestión de la red.

Por otra parte, la plena entrada en vigor de la nueva disciplina de distribución está establecida mediante la previsión de regímenes transitorios, con el fin de proteger el interés general en la regularidad y la continuidad del servicio (35). Además, está permitida a las sociedades que gestionan servicios públicos locales, en virtud de encargo directo o de un procedimiento distinto de la licitación pública, la participación ilimitada en la licitación abierta para la adjudicación del servicio de distribución del gas natural (36).

La última fase del proceso productivo, la de la venta, está liberalizada desde el punto de vista sustancial, yendo incluso más allá de las disposiciones de la Directiva. Desde el 1 de enero de 2003, la venta a los clientes finales (sean o no «cualificados») está únicamente sujeta a una autorización ministerial, expedida previa consulta a la Conferencia unificada entre Estado, Regiones y Entes Locales, siempre y cuando el solicitante cumpla con unas determinadas condiciones (37).

---

requerir políticas de concentración, ya sea en la demanda o ya sea en la oferta, necesarias para adecuar las organizaciones productivas a las reales economías de escala y con arreglo a las finalidades propias del sector. La superación de estas protecciones hace indispensables, de modo particular, procesos de reorganización industrial, a falta de los cuales es impensable participar competitivamente en mercados abiertos internos y/o internacionales.

(34) G. CAIA y S. COLOMBARI, *op. cit.*, pág. 361.

(35) En general, se prevé que los encargos y las concesiones existentes en el momento de la entrada en vigor del Decreto Legislativo núm. 167/2000 no pueden continuar más allá del 31 de diciembre de 2005. Tal plazo puede ser aumentado de uno a dos años en caso de que se verifiquen una serie de condiciones taxativamente fijadas.

(36) Esta previsión ha sido objeto de la Sentencia de la Corte Constitucional núm. 413, del 26 de julio de 2002, que la ha salvado de la censura de inconstitucionalidad por vicio de exceso de delegación, considerando que la Ley de delegación núm. 144, del 17 de mayo de 1999, entraba dentro del ámbito del sistema de apertura del mercado nacional que debe incorporarse de forma gradual dentro del marco de la integración europea, más aún cuando la normativa comunitaria no excluye la posibilidad de derogaciones de carácter temporal y limitado. Desde el punto de vista material, ha afirmado, además, que la posibilidad para las sociedades públicas conocidas de participar en la licitación no determina una situación de desigualdad, puesto que lo que permite es una participación generalizada en el período transitorio, dilatando sólo dentro de este arco temporal la aplicación de las relativas preclusiones. Por último, ha afirmado que la disciplina jurídica del régimen transitorio forma parte de la discrecionalidad plena del legislador y está establecida por el Decreto Legislativo núm. 164 de 2000, en el respeto de las exigencias impuestas por los principios de libertad de iniciativa económica y de libertad de competencia.

(37) Es decir: «disponibilidad de un servicio de modulación adecuado»; «prueba del

Como ya se ha observado, la separación del suministro del bien de su distribución material implica el nacimiento de una actividad comercial (precisamente la venta) que no está unida a ningún vínculo de tipo territorial y que no se puede calificar de ninguna manera como servicio público (38). Se trata de un mercado regulado —como es natural en los mercados surgidos de las cenizas de situaciones de monopolio (39)—, puesto que la empresa que allí compite, llamada a asumir de hecho la titularidad de todas las relaciones que se establezcan con el destinatario del suministro (estipulación de contratos, negociación de las condiciones dejadas a la autonomía de las partes, expedición de los recibos), tiene que cumplir las condiciones establecidas por la Autoridad competente. Pero, como se ha observado en las primeras investigaciones de carácter económico-haciendal (40), es precisamente la fase de la venta la que presenta los rasgos más innovadores y los avances estratégicamente más interesantes, relacionados con las pocas barreras de entrada y con la aparición de nuevos actores, así como con otros aspectos tanto negativos (factores de riesgo) como positivos (factores de éxito) —desde el punto de vista de las empresas ya operantes—.

Uno de los límites de la libertad de empresa con el que se encuentran las compañías suministradoras es, en particular, la incidencia del poder de la Autoridad para la energía de determinar las tarifas con relación a los segmentos productivos que preceden a la venta y que se reflejan en el precio. En otras palabras, el precio final del gas está determinado por diferentes componentes y sólo en lo que se refiere a la venta viene libremente establecido por el vendedor. Los elementos que conforman el coste de almacenamiento (el depósito del gas utilizado como reserva), la conducción (sobre redes nacionales y regionales) y la distribución (sobre redes locales) del gas están definidos, en cambio, por la Autoridad para la Energía Eléctrica y el Gas (41).

origen del gas natural y de las garantías de las condiciones de conducción»; «capacidades técnicas y financieras adecuadas».

(38) En tal sentido también, cfr. S. R. MASERA, *Il servizio del gas naturale*, en «Le nuove leggi civili commentate», núm. 1-2/2003, pág. 81.

(39) F. MERUSI, *op. loc. ult. cit.*

(40) Vid., por ejemplo, M. DI DOMENICO, «Le strategie di risposta delle IPL operanti nelle filiere energetiche», en S. VACCA (coord.), *Problemi e prospettive dei servizi locali di pubblica utilità*, Milán, 2002, págs. 63 y ss.

(41) Como demostración de la existencia de numerosos intentos de regulación finalista en el sector, se puede subrayar que la Autoridad para la Energía Eléctrica y el Gas ha establecido que las sociedades de venta de gas deben obligatoriamente ofrecer, junto a sus condiciones económicas, un precio de referencia calculado con base en criterios predefinidos. Dicho precio de referencia constituye, según cuanto afirma la misma Autoridad, una protección del consumidor, que durará hasta que él mismo elija una propuesta que considere mejor. Análogamente a lo que ha sucedido en diferentes países europeos que ya han liberalizado su propio mercado, el objetivo es el de asegurar que la elección de las nuevas condiciones se produzca en un período de tiempo oportuno y sin solución de continuidad con el sistema de garantías precedentemente en vigor, sobre todo en las áreas en las cuales continuará operando un único suministrador, que podría modificar los precios a falta de competencia por parte de otros operadores. Las decisiones de la Autoridad para la Energía Eléctrica y el Gas encuentran su base jurídica en el artículo 2, apartado 12, letra h), y en el artículo 32 de la Ley núm. 481 de 1995. A su vez, el Decreto del Presidente del Consejo de Ministros (DPCM) del 31 de octubre de 2002, que fija sucesivos criterios generales para la definición de las tarifas

Existe además, el temor de que la liberalización de la parte final del proceso productivo concentraría todas las expectativas de reducción del precio en las empresas vendedoras. En todo caso, basándonos en una primera evaluación de la Comisión Europea sobre el rendimiento de los sectores en red que cumplen también con la tarea de prestar servicios de interés general, a medio y largo plazo, la apertura de los mercados correspondientes debería incluir una convergencia hacia la disminución de precios, como efecto solamente del aumento de la competencia (42).

## 5. EL GAS NATURAL Y LA DISCIPLINA DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS LOCALES

Como se ha apuntado, parece ahora de utilidad realizar una comparación entre el sector del gas natural y la disciplina general de los servicios públicos locales, que sólo en dos años ha sido objeto de dos recientes reformas (43).

Según el artículo 16 del Decreto Legislativo núm. 164 de 2000, en tanto que no expresamente previsto, en la fase de distribución se aplican «las normas vigentes en materia de servicios públicos locales». A su vez, el actual artículo 113 del Texto Refundido de los Entes Locales excluye que las disposiciones en materia de servicios de interés económico contenidas en dicha norma encuentren aplicación en el sector del gas natural. Desde el punto de vista sustancial, los dos textos legislativos se excluyen entre sí, ya que la remisión a las disposiciones generales hecha por el primero es desmentida por la versión más reciente de estas últimas. Sin embargo, aunque con finalidades más especulativas que prácticas, la comparación entre los dichos textos parece útil, en cuanto nos permitirá formular algunas consideraciones sobre la organización de los servicios locales en general.

Una primera observación podría consistir en que el legislador de la Ley Financiera del 2004 haya excluido el sector del gas del ámbito de aplicación de las normas sobre gestión de servicios locales, quizá simplemente porque se ha dado cuenta de que, como ya hemos señalado, en tal sector

---

en los sectores de la electricidad y del gas, confía en la Autoridad la tarea de «definir, calcular y actualizar» las tarifas «incluso posteriormente a la apertura de los mercados hacia los clientes cualificados, con el fin de permitir un ordenado y gradual tránsito hacia el mercado liberalizado por parte de los usuarios que se encuentran en la condición de cliente vinculado».

(42) Es necesario decir que, hasta el momento, en Italia no se han visto los efectos positivos de la liberalización del mercado del gas en las tarifas de venta, que más bien han ido aumentando. En realidad, la entrada en el mercado de nuevas empresas vendedoras está empezando solamente ahora y, al parecer —según recientes investigaciones efectuadas por la Autoridad de la energía—, auténticos efectos benéficos no serán posibles sin abrir a la competencia también las fases precedentes a la distribución a través de la red local y la venta.

(43) Se trata de las modificaciones e integraciones aportadas al artículo 113 del Texto Refundido de los Entes Locales (Decreto Legislativo de 18 de agosto de 2000, núm. 267), respectivamente, por el artículo 35 de la Ley del 28 de diciembre de 2001, núm. 448 (Ley Financiera para el 2002); por el Decreto-Ley del 30 de septiembre de 2003, núm. 269, convertido en Ley núm. 326 de 2003 y, posteriormente, modificado por la Ley 350 de 2003 (Ley Financiera para el 2004).

no existe ningún servicio público que gestionar. En realidad, esta observación es algo más que una ocurrencia, ya que muchas de las innovaciones introducidas parecen inspirarse en el modelo del sector del gas natural, aunque, en realidad, el sentido general de la reforma va en una dimensión opuesta: la de otorgar materialmente a los Entes Locales la capacidad para elegir actuar o no dentro de mercados competitivos o protegidos.

El análisis puede conducirse tomando como parámetro de referencia los dos conceptos-guía de competencia *para* el mercado y de la competencia *en* el mercado.

Las dos reformas que han afectado al artículo 113 del Texto Refundido de los Entes Locales (Leyes Financieras del 2002 y del 2004) parten de las críticas realizadas por la Comisión Europea a la normativa italiana debido a la falta de un nivel adecuado de apertura a la competencia. En los correspondientes documentos —procedimientos de infracción (44)— se hace referencia a los principios en materia de contratación extensibles (con base en la jurisprudencia de la Corte) a tipos propios del Derecho interno como

---

(44) Con la Comunicación núm. SG (2000)D/108243, del 8 de noviembre de 2000, la Comisión ha declarado en mora a Italia, considerando que las modalidades para el encargo de los servicios públicos locales, previstas por el artículo 22 de la Ley núm. 142 de 1990 (posteriormente art. 113 del Texto Refundido de los Entes Locales), y en particular la letra *e*), son contrarias a los principios de transparencia, igualdad de tratamiento y no discriminación. Este procedimiento ha comenzado bajo la sombra de la publicación de la Comunicación interpretativa de la Comisión Europea del 12 de abril de 2000, según la cual, como es conocido, los encargos y las concesiones de servicios públicos locales no pertenecen a la esfera de aplicación ni de la Directiva núm. 93/38/CEE, sobre los «sectores excluidos», ni de la Directiva núm. 92/50, del 18 de junio de 1992, en materia de «servicios». Sin embargo, las concesiones que no son disciplinadas por Directivas específicas están de todos modos sometidas a los principios y a las normas del Tratado, de forma particular a las normas que prohíben cualquier tipo de discriminación fundada sobre la nacionalidad (art. 12, apartado 1); a las normas relacionadas con la libre circulación de mercancías (arts. 28 y ss.); a las libertades de establecimiento (art. 43); a la libre prestación de servicios (art. 49); así como a las excepciones de tales normas previstas por los artículos 30, 45 y 46 *ibidem*; tanto como a las disposiciones del artículo 86 *ibidem*. Según la Comisión, las concesiones son actos del Estado por medio de los cuales una autoridad pública entrega a un sujeto la gestión total o parcial de servicios que, por regla general, pertenecen al ámbito de las prerrogativas del Estado y para los cuales dicho sujeto asume el riesgo de la gestión. Por tanto, en el encargo de servicios públicos se aplican los principios de igualdad de tratamiento, transparencia y proporcionalidad. Este último (enunciado en el punto 3.1.3 de la Comunicación interpretativa de la Comisión) asume un valor general y exige, de conformidad con la jurisprudencia consolidada del Tribunal de Justicia, que «cada decisión adoptada sea al mismo tiempo necesaria y adecuada respecto a los fines perseguidos. Un Estado miembro, para elegir las decisiones que se deben adoptar, debe preferir aquellas que representen una menor perturbación para el ejercicio de una actividad económica».

Después de las innovaciones aportadas a la disciplina de los servicios locales durante el 2001, la Comisión (Proc. inf. de 4 de julio de 2002, núm. 8622) ha observado que el cuadro normativo introducido por el artículo 35 de la Ley Financiera para el 2002 continuaba permitiendo numerosos casos de encargo directo de los servicios, sin respetar los principios ni de publicidad ni de concurso público. Por ejemplo, las adjudicaciones directas constituían la regla general en materia de gestión de servicios públicos definidos como «carentes de relevancia industrial», mientras, según la Comisión, tal calificación no puede tener el efecto de excluir la adjudicación de tales servicios de la aplicación de las normas comunitarias en materia de contratos públicos y concesiones. En la ulterior reforma del 2003 se ha vuelto, por lo tanto, a la diferenciación tradicional entre servicios de interés económico y no económico.

las concesiones o que incluyan, en todo caso, la atribución de derechos especiales y exclusivos.

Desde este punto de vista, las soluciones que fueron adoptadas en el sector del gas, y ahora en la normativa general, parecen ser conformes a los estándares europeos. Existe, en efecto, la obligación de la adjudicación mediante licitación de todo lo que entra dentro de la definición de «servicio público» y, por lo tanto, según las categorías tradicionales utilizadas por la Comisión Europea, a causa de actos de «concesión». Entre la primera y la segunda versión de la reforma en cuestión existe, sin embargo, una diferencia sustancial, que a su vez parece diferenciar el sector del gas del actual régimen de los servicios públicos locales: el impulso del *outsourcing*, cuanto menos en la fase de suministro, según la primera versión de la reforma, pero que se excluye en la segunda, actualmente en vigor (45).

Sin embargo, el *outsourcing* se somete a su vez a otro principio, característico de la normativa del gas: el de la separación entre propiedad de las redes y de las instalaciones, gestión de las mismas y el suministro del servicio.

En el cuadro delineado por la reforma de 2001, el Ente Local, además de ser concebido como el propietario de las redes y de las instalaciones (46), resultaba ser también el titular de las funciones de regulación, programación, dirección y vigilancia (47).

La preferencia por el régimen de la separación había sugerido al legislador la previsión de la escisión entre las redes y las demás dotaciones patrimoniales, en el caso de que éstas pertenecieran a una sociedad mayoritariamente pública que se ocupase también de la gestión del servicio en beneficio de otra sociedad mayoritariamente pública —siempre limitada con la prohibición de cesión de las cuotas que posean los Entes Locales— que se configuraría, únicamente, como titular de los derechos de propiedad (48).

La escisión entre la gestión de las redes y el suministro del servicio se configuraba, en cambio, en términos de mayor programación, desde el mo-

---

(45) En el sector del gas no se prevé, efectivamente, como en cambio se hace en la actual disciplina general de los servicios públicos locales, que el servicio de distribución pueda ser adjudicado *in house*.

(46) Ver artículo 113, apartados 2 y 9, del Texto Refundido de los Entes Locales, modificado por el artículo 35, apartado 1, de la Ley núm. 448 de 2001, así como el apartado 7 del artículo 35, cit.

(47) Ver artículo 35, apartado 14, de la Ley núm. 448 de 2001. Al Ente Local se le requiere, por ejemplo, que dicte el reglamento que discipline la fase de suministro del servicio (de conformidad con los principios de regularidad, continuidad y economía), así como también las modalidades de gestión, las funciones de vigilancia y las formas de protección de los usuarios. En particular —entre las competencias del Consejo municipal— se señalan: las actividades de organización, concesión y adjudicación directa del servicio mediante acuerdo, la constitución de empresas especiales e instituciones, así como la participación en sociedades de capital. Mientras al director de sector corresponde la gestión de las relaciones contractuales.

(48) Ver artículo 35, apartado 9, de la Ley Financiera para el 2002, núm. 448, en su versión original.

mento en que estaba subordinada a una previsión normativa expresa (49). El artículo 35 de la Ley núm. 448 de 2001, en la parte en que se ha modificado el artículo 113 del Texto Refundido de los Entes Locales, indicaba de manera detallada los rasgos que deberían caracterizar una posible disciplina de separación. Precisaba que, en esta última hipótesis, la gestión de las redes podía ser atribuida —alternativamente— a sociedades de capital participado de forma mayoritaria por los Entes Locales —posteriormente a la adjudicación directa (50)— o bien a «empresas calificadas» (pero únicamente por medio de un procedimiento de licitación pública).

Para la fase de suministro —que debía realizarse dentro de un régimen de competencia— se hacía una remisión a las disciplinas de sector, pero la liberalización estaba reforzada por la necesidad de conferir la titularidad del servicio a sociedades de capital (51) seleccionadas por medio de una licitación pública. Precisamente esta disposición representaba una apertura parcial hacia la competencia *en el mercado*.

Sin embargo, como se indicaba antes, desde la aprobación de la Ley Financiera del 2004, el Decreto-Ley del 30 de septiembre de 2003, núm. 269 (medida de urgencia en materia de desarrollo de la economía y corrección de las cuentas públicas), ha cambiado sensiblemente la reforma de los servicios públicos efectuada por el artículo 35 de la Ley núm. 448 de 2001.

Por un lado, se han corregido las partes de la anterior reforma de 2001 que habían sido censuradas por la Comisión, es decir, aquellas partes que buscaban eludir —mediante disciplinas transitorias demasiado largas y distintas derogaciones (52)— el principio de la licitación pública, sobre

---

(49) Así lo dispone el tercer apartado del artículo 113 del Texto Refundido de los Entes Locales, según la redacción del artículo 35 de la Ley núm. 448 de 2001, que garantiza, en cada caso, el derecho de acceso a las redes a todos los sujetos legitimados para el suministro, en las situaciones en las cuales se encuentre separado de la gestión. Se trata de una situación jurídica respecto a la cual existe un deber legal de contratar con el operador del servicio que quiera conectarse. La norma prevé también, como contraprestación, el pago de un canon, cuyo aumento está determinado por la Autoridad competente del sector o por el mismo Ente Local.

(50) En esta hipótesis, la constitución de la relación hubiera podido ser reconducida a la correspondiente deliberación del Consejo municipal, de acuerdo con la reglamentación del contrato de servicio. La disposición en cuestión resolvía el problema de la posibilidad de proceder a la adjudicación directa, siempre que la sociedad mixta tuviera una participación mayoritariamente pública. Del mismo modo, el citado artículo 35 de la Ley de 2001 se había manifestado favorablemente frente a la eventualidad, en caso de gestión asociada de Entes Locales, de tener que realizar la valoración de la participación mayoritariamente pública, a través de la suma de las cuotas de más de uno de los Entes que la conforman.

(51) Lo que llevaba a pensar que tales sociedades tuvieran que ser completamente distintas del Ente Local, ya que tendría poco sentido que una Administración local constituyera una sociedad para arriesgarse a que no se le adjudicara la titularidad del servicio.

(52) El artículo 14 del Decreto-Ley núm. 269, cit., ha establecido el 31 de diciembre de 2006 como la fecha límite para la terminación de las concesiones renovadas con procedimientos diferentes a la licitación pública, sin necesidad de que el Ente adjudicatario emita alguna Deliberación específica al respecto. Hay, sin embargo, diversas excepciones a tal regla general. En el nuevo cuadro normativo queda, por lo demás, confirmada la posibilidad de adjudicar la propiedad y la gestión de las redes a una sociedad pública: la diferencia sustancial se encuentra en la circunstancia que, según la nueva norma, las cuotas sociales deberán ser íntegramente públicas y no objeto de cesión,

todo respecto a la atribución de la gestión de redes e instalaciones (en las disposiciones vigentes existe alguna semejanza con la fase de distribución del sector del gas); por otro lado, se ha dado marcha atrás en la tímida apertura a la competencia *en* el mercado: junto al suministro del servicio a través de la asignación de la titularidad a sociedades de capital se ha añadido la adjudicación a sociedades *in house*, reproduciendo de este modo un estado de monopolio municipal.

Podemos concluir que el suministro del servicio (de relevancia económica) se realiza por medio de la asignación de su titularidad:

- a sociedades de capital seleccionadas por medio de un procedimiento de licitación pública;
- a sociedades mixtas (con capital público y privado) en las cuales el socio privado sea seleccionado por medio de un procedimiento de licitación pública;
- a sociedades constituidas por capital totalmente público, con la condición de que la parte pública ejerza un control análogo al que realiza sobre sus propios servicios y que la misma sociedad realice la parte más importante de la actividad junto con el ente o los entes públicos que la controlan.

El nuevo régimen «general» se aleja del régimen del sector del gas, donde —en línea con la política comunitaria— el presupuesto para el mantenimiento del monopolio sobre las redes está unido a la «naturaleza» del mismo, mientras el suministro deja *tout court* de ser servicio público.

La conclusión consiste, entonces, en dar respuesta a la siguiente pregunta: ¿existen modelos realmente alternativos al del monopolio natural?, o, en otras palabras, ¿es compatible mantener el principio de asignación de la titularidad del suministro (elemento común a las dos reformas del último trienio) con la existencia de un mercado tendencialmente abierto?

Probablemente no, y la respuesta nos lleva al problema de los «mercados relevantes». Como ha sido señalado con autoridad (53), en el ámbito de los servicios locales existe a menudo una confusión semántica entre mercado competitivo y competencia del mercado. Puesto que en el nivel local casi nunca es posible introducir una regulación dirigida a la creación de un mercado competitivo, ya que no es posible configurar un mercado relevante.

En definitiva, las empresas locales entran en un mercado relevante (cortando el cordón umbilical que las une a las Administraciones locales) o se quedan, como se dijo anteriormente, *in house*, ocupando ellas mismas el lugar de una o más Administraciones públicas respecto de las cuales los deberes de servicio público son inmanentes a la actividad por la cual existen (sin necesidad, por ejemplo, de recurrir al concepto de servicio univer-

---

mientras antes el vínculo consistía sólo en el mantenimiento de la mayoría del capital en manos públicas.

(53) F. MERUSI, *op. cit.*

sal). En estos casos, las políticas de «privatización» y/o *outsourcing* constituyen simplemente estímulos de eficiencia, pero no dan lugar a mercados competitivos (54).

Cuánto pueda todavía incidir sobre el estado actual del tema el Derecho europeo es algo que nos dirá el futuro.

---

(54) *Op. ult. cit.*