

CAPÍTULO NOVENO

LOS SERVICIOS PÚBLICOS

Giuseppe Franco FERRARI

SUMARIO: I. *La noción clásica de servicio público.* II. *Las intervenciones normativas de los años noventa.* III. *La influencia del derecho europeo.* IV. *Los servicios públicos entre los años 2000 y 2008.* V. *Los servicios públicos locales de hoy.* VI. *Los servicios públicos a nivel nacional.* VII. *Bibliografía.*

I. LA NOCIÓN CLÁSICA DE SERVICIO PÚBLICO

En la enseñanza tradicional, hasta el umbral de los años noventa del siglo XX, se determinaba el concepto de servicio público en términos residuales, recavándola en negativo de aquello de función pública. Asumiendo que la función pública ya sea la actividad que constituye manifestación directa de la autoridad, y por lo tanto se derive al ejercicio de la soberanía en la forma de la imperatividad.⁷ El concepto de servicio incluye todas las actividades de las administraciones públicas residualmente excluidas de dicho ámbito; esto es, en el plano objetivo, la acción administrativa con la cual el Estado y los otros entes públicos se insertan, directamente o a través de otros sujetos, en la producción de utilidades con la finalidad del interés público, o, en el plano subjetivo, las estructuras antepuestas a dichas intervenciones.⁸

Ninguna definición positiva del concepto de servicio público había sido sin embargo proporcionada por el ordenamiento.

La *legge sulle municipalizzazioni*, en particular, aprobada en 1903 y en vigor durante casi un siglo,⁹ contenía en su artículo 1 una clasificación *numerus apertus* de una veintena de actividades encargadas al ente público territorial,

⁷ Giannini, M. S., *Diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1970, pp. 448 y ss.

⁸ Benvenuti, F., *L'ordinamento repubblicano*, Padova, Cedam, 1959, pp. 199 y ss.

⁹ L. 29 marzo 1903, n. 103, modificada por el r.d. 30 diciembre 1923, n. 3047 y coordinada con este último en el texto único aprobado con r.d. 15 octubre 1925, n. 2578. El

e incluía algunas actividades de tipo social y otras de naturaleza económico-empresarial, servicios tecnológicamente evolucionados y otros conexos a una economía preponderantemente agrícola; por ejemplo, figuraban en la lista los acueductos y la distribución de agua potable, la iluminación, el ferrocarril, las farmacias, la recolección y desagüe de los desechos urbanos, los transportes fúnebres, la construcción de molinos y hornos, la construcción y la actividad de establecimientos de carnicería, también en exclusiva, la construcción y el ejercicio de los mercados públicos, la construcción y la gestión de baños públicos, la fabricación y venta de hielo, las fijaciones públicas de carteles.

Algunos de aquellos servicios, como los transportes fúnebres,¹⁰ las carnicerías,¹¹ los mercados,¹² ya habían sido regulados previamente por textos normativos; otros habían sido asumidos por los entes públicos en los decenios anteriores, al menos en algunos municipios grandes, sobre todo en el norte. Sin embargo, se necesitaba una regulación uniforme del fenómeno. Algunos de los autores más relevantes¹³ manifestaron cómo la reforma del período giolittiano era manifiestamente ambigua: por un lado, aumentando la intervención de las autonomías locales en la economía a través de la empresa pública, para corregir la oferta privada de los bienes públicos y las distorsiones que derivaban de la titularidad privada de monopolios naturales, lo que generaba una disminución de precios en beneficio de los usuarios, y proporcionaba a las finanzas locales entradas patrimoniales; por otro lado, imponiendo a una praxis ya difundida, cautelas sustanciales y procedimentales y controles eficaces.

La normativa de los años 1903-1925 presentaba caracteres discordantes, de promoción y de tutela, autonomista y centralista, privatista y publicista, económico y financiero.

No es casual que la mencionada normativa careciera de cualquier definición ontológica de los servicios públicos, limitándose a una lista no taxativa, mientras que toda la atención estaba dedicada a la fórmula organizativa,

reglamento de ejecución, adoptado con r.d. 10 marzo 1904, n. 108, considerado en vigor por el Consejo de Estado hasta el 1986 (véase sección I, 21 febrero 1977, n. 413/74).

¹⁰ R.d. 25 julio 1892, n. 448.

¹¹ R.d. 3 febrero 1901, n. 45.

¹² Artículo 164, t.u. de las leyes comunales y provinciales aprobado con r.d. 3 de marzo de 1934, n. 383.

¹³ Como Piras, A., “La municipalizzazione”, en Giannini, M. S. (a cura di), *I comuni, Atti del congresso celebrativo del centenario delle leggi amministrative di unificazione*, Vicenza, Neri Pozza, 1967, 355 y ss.; Ferrari, G. F., “Aspetti e problemi istituzionali”, en Boggetti, G. y Magnani, I. (a cura di), *I servizi pubblici locali tra equità ed efficienza*, Milano, Angeli, 1989, pp. 33 y ss.

consistente en la empresa “*municipalizada*”, es decir, un organismo empresarial carente de personalidad jurídica de derecho público, sino titular de un patrimonio autónomo del municipal, con diferente contabilidad y capacidad de gestión similares a las de la empresa privada, bajo la dirección económico-administrativa del ente local. En los decenios posteriores, otros servicios se han ido agregando al catálogo, como los telefónicos¹⁴ o las centrales de la leche;¹⁵ algunos de los servicios originarios se han desplazado del ámbito económico al del *welfare*, así aumentando su importancia, o han sido sometidos a una dura regulación estatal; otros se han quedado obsoletos por el progreso industrial o han sido en unos casos absorbidos por el mercado.

El artículo 358 del Código Penal regula los servicios, además, sin definirlos. Por un lado, el artículo 357 definía a la figura del funcionario público de conformidad con la ley penal, mencionando a los empleados del Estado o de otros entes públicos predispuestos al desenvolvimiento permanente o temporal de la función pública legislativa, administrativa o judicial, o cualquier otra persona, que de igual forma ejerza gratuitamente o con retribución funciones similares; por otro lado, el artículo 358 establecía la categoría de los encargados del servicio público, sin definirlo, con referencia a los funcionarios públicos encargados del servicio público como a cualquier otra persona privada que ejerce los servicios públicos.

El artículo 359, luego, excluía de la esfera del servicio público el servicio de necesidad pública, cuyos titulares eran quienes ejercían profesiones forenses o sanitarias u otras actividades para las cuales se requiriera una habilitación o cuyo disfrute fuera obligado para el público, incluso a los privados encargados de cumplir servicios declarados de necesidad pública a través de un acto administrativo.

En definitiva, el sistema no proporcionaba definición alguna del contenido de servicio público, entrando en juego por un lado el juez penal, a través de la casuística bajo el control de la Corte de Casación, y por otro lado el legislador y las administraciones locales sobre la base de la lista no taxativa contenida en el texto único.

En suma, la estratificación de normas, en gran parte fuera de un diseño estratégico, durante el siglo XX llevó a determinar varias tipologías de servicios.

En primer lugar, se proporcionaban servicios gubernamentales (así definidos por el artículo 2 de la Ley General de Contabilidad Pública), es decir, internos, ofrecidos en el ámbito del Estado o de otro ente público en be-

¹⁴ R.d. 27 febrero 1936, n. 645, art. 166 y ss.

¹⁵ L. 16 junio 1938, n. 851.

neficio de la administración, sin acceso ni beneficio directo de los usuarios externos (por ejemplo, un arsenal militar o el servicio de mantenimiento del patrimonio de un ente).

Existían también servicios públicos en sentido estricto, con suministra-
ción directa de utilidades a los ciudadanos, instituidos por motivos muy di-
versos, pero convergentes en su finalidad: monopolios u oligopolios espe-
culativos de sectores particularmente delicados (salas), que pasaron a ser
públicos, exigencias fiscales (tabacos, fósforos, encendedores), defensa mi-
litar u orden público (teléfonos del Estado), mera tradición y emulación
de otros modelos europeos (correos), sostenimiento al progreso técnico y
utilización de redes en condiciones de monopolio natural (ferrocarriles o
vías ferroviarias), y otros más. En el plano organizativo, los servicios de este
tipo podían ser suministrados por un lado directamente a través de entes u
órganos estatales (como las escuelas), unas veces dotados de personalidad
jurídica (como las universidades, por tradición medieval personificadas),
cuando no implicaran la producción de bienes, o, por otro lado, a través de
órganos de naturaleza empresarial: el modelo organizativo de la empresa se
establecía tanto a nivel estatal, desde el inicio del siglo pasado; por ejemplo,
la realización de la red ferroviaria, fue llevada a cabo por la *Azienda autonoma
ferrovie dello Stato*,¹⁶ como a nivel municipal. Tanto en un caso como en otro,
la empresa estaba gestionada por un consejo de administración, mientras
que la dirección político-administrativa venía determinada por el ministro
competente.

A menudo se creaban entes públicos, sobre todo a nivel local, como los
hospitales y las instituciones públicas de asistencia y beneficencia;¹⁷ a nivel
nacional se seguía el mismo esquema organizativo; por ejemplo, en materia
de seguridad social, con la creación del INPS, del INAM, del INAIL y otros
más.

Otra figura organizativa era el ente público económico, no sometido
al régimen contable público, y cuyo personal estaba sometido al régimen
contractual de derecho privado: así, el ENI en el sector de la investigación
petrolera y de la distribución de los derivados del petróleo, el Istituto poli-
grafico dello Stato para las actividades editoriales, y muchos más.

Muy pocas veces se recurría a entidades societarias de derecho privado,
con el Estado como accionista único o mayoritario: así, el AGIP en el sector
petrolero, el ANIC, en el químico. La variedad de participaciones públicas
y la necesidad de su dirección y control unitario llevaban a la creación de

¹⁶ Ley 22 abril 1905, n. 137.

¹⁷ Véase Ley 17 de julio de 1890, n. 6972.

entes públicos en forma de *holdings* —como el IRI en 1933,¹⁸ sus controladas Finmeccanica, Finmare, etcétera, y la Gepi en 1971—,¹⁹ y luego a la creación en 1956²⁰ del *Ministero delle partecipazioni statali*.

Desde el punto de vista de la relación entre el sujeto suministrador del servicio público y el usuario, el acceso al servicio de los sujetos o entes privados puede ser regulado por un acto administrativo de *ammisione*, atributivo de utilidad: así, la admisión en un colegio o en centros de asistencia y beneficencia. En dichos casos, la cuantía que se abona tiene la naturaleza de tasa pública.

En otras hipótesis, el régimen jurídico es privado, en forma de contrato; por ejemplo, de compraventa, suministración, transporte, y la cuantía tiene naturaleza de precio.

A veces es obligatorio el suministro por la administración (por ejemplo, activación del servicio de ferrocarril o vías de ferrocarril, correos), mientras en otros casos es obligatorio el disfrute del servicio por el ciudadano (por ejemplo, instrucción obligatoria, previdencia social).

Existía luego una amplia esfera de servicios públicos realizados por privados. En esos casos la administración titular le atribuye a un privado el ejercicio a través de una concesión, “constitutiva” cuando el servicio no existe todavía o “traslativa” cuando este ya ha tenido inicio: el concesionario provee la gestión, pagando el gravamen de concesión a la administración y luego ingresando una tasa por el usuario (por ejemplo, desechos sólidos urbanos) o un depósito directo de una cantidad de dinero por los privados (iluminación, gas, transportes). El concesionario tiene poderes de policía sobre los bienes, sobre todo demaniales, de sanción por conductas ilegales de los usuarios y de expropiación. Por otro lado, el concesionario está sometido a controles sobre la gestión, y puede incurrir en la revocación del servicio por causa de inactividad o por graves incumplimientos. Muchas veces, la selección del concesionario se realiza a través de una detallada instrucción para la verificación de los requisitos subjetivos; todavía, generalmente la concesión tiene naturaleza fiduciaria y se fundamenta en un *intuitu personae* históricamente apoyado sobre la índole imperativa de los poderes encargados al concesionario.

El sistema se ha ido estructurando sobre la base de los principios organizativos mencionados, sin solución de continuidad, desde la edad liberal de principios del siglo XX hasta el fascismo, que reforzó la presencia pública en la economía, hasta la posguerra.

¹⁸ R.d 23 enero 1933 n. 5 convertido en ley 3 mayo 1933 n. 512.

¹⁹ Ley 22 marzo 1971, n. 184.

²⁰ Ley 22 diciembre 1956 n. 1589.

En 1948, la entrada en vigor de la Constitución republicana ha determinado la adopción de reglas de gestión de la economía típicas del modelo social mixto, posliberal; todavía no ha desviado de manera significativa el modelo de gestión de la economía, permitiendo solo alcanzar una racionalización teórica.

El texto constitucional tutela la iniciativa económica privada (artículo 41), pero la somete a controles y programas para asegurar la coordinación con la pública y dirigirla a los fines generales de utilidad social; reconoce y garantiza la propiedad privada al lado de la pública, pero dispone que la ley determine los modos de adquisición y de disfrute y los límites, con el objetivo de asegurar su función social y de hacerla accesible a todos (artículo 42); permite que la ley, por fines de utilidad general, reserve originariamente o transfiera, previa expropiación y salvo indemnización, a entes públicos o comunidades de trabajadores o de usuarios, empresas o categorías de empresas, que se refieran a servicios públicos esenciales, fuentes de energía o situaciones de monopolio y tengan carácter de preeminente interés general (artículo 43). En síntesis, la Constitución salvaguarda los instrumentos típicos del capitalismo, propiedad e iniciativa económica privada, pero introduce un aparejo de conceptos “válvulas” con valor marcadamente social, para permitir al legislador adoptar formas de intervención pública también profundas y amplias, sobre la base de preferencias y prioridades de política económica que se apoderan al legislador. En sede de asamblea constituyente la presencia de fuerzas políticas fuertemente contrapuestas en el plano ideológico, en el clima de la guerra fría que estaba cayendo sobre Europa y que habría podido desembocar en una verdadera y real guerra civil, determinó el logro de soluciones de compromiso, que reenviaban a evaluaciones futuras por parte del Parlamento y de las fuerzas políticas la orientación de la política económica, en particular en el ámbito de los servicios públicos. La misma reserva de ley unía a la clásica función de garantía, que deriva de la edad liberal, su finalidad compromisoria para posticipar decisiones difíciles.

Instituciones o valores como mercado y competencia no aparecían en el texto constitucional; la misma Corte Constitucional, efectivamente constituida en 1956, en la obra de equilibrio axiológico típica de la jurisprudencia de los tribunales constitucionales, los ha utilizado con extrema parsimonia, llegando todavía en época bastante reciente a dudar de su reconocimiento constitucional.²¹

²¹ Corte cost. sent. 386/1998; en precedencia véase Corte cost., sentencias 223/1982, 300/1983, 241/90, 63/1991, 427/1992, 112/1993, 417/1993, 257 y 420/1994, 386/1996, 365/1997.

La principal consecuencia de la entrada en vigor de la Constitución sobre el sistema de los servicios públicos ha sido, en el plano de las teorías doctrinales, el contraponerse de dos diferentes concepciones: la *subjetiva*, o nominalista, que identifica el servicio público en razón de su asunción por parte de los poderes públicos en cualquiera de las formas positivamente admitidas, *ex lege*, faultativamente o por vía administrativa;²² y la *objetiva*, que viceversa busca un contenido ontológico en las varias actividades según su conformación positiva, de conformidad con el artículo 43 constitucional interpretado en conexión con el artículo 41.²³

Un primer, tímido, indicio de innovación se ha manifestado solamente en la segunda mitad de los años setenta, cuando las regiones, ya previstas por el dictado originario del título V de la Constitución, pero constituidas efectivamente solamente con las elecciones de 1970, han recibido, después de una primera atribución de funciones administrativas en 1972,²⁴ un segundo abanico de atribuciones. Mientras las primeras habían sido determinadas con un recorte analítico por separación de las atribuciones estatales, las segundas, por obra del d.P.R. 24 julio 1977, n. 616, vienen devueltas por conjuntos orgánicos, sobre la base de definiciones globales. Algunas de estas se refieren a la beneficencia (artículo 22), a la asistencia sanitaria y hospitalaria (artículo 27), a la instrucción artesana y profesional (artículo 35), a la ayuda escolar (artículo 42), a las actividades de promoción educativa y cultural (artículo 49). Para algunos sectores, en particular aquellos socialmente significativos, se inicia de este modo a definir ámbitos orgánicos de materia, aunque solo por fines de división de competencias entre el Estado y las regiones.

II. LAS INTERVENCIONES NORMATIVAS DE LOS AÑOS NOVENTA

Al inicio de los años noventa, la materia de los servicios públicos, corazón económico del derecho administrativo, viene sacudida por trastornos profundos y amplios, cuyos efectos no se han atenuado ni sedimentado todavía, con varios aspectos que permanecen hoy en día inciertos.

Las causas de esta imprevista, y tampoco esperada, explosión de novedad son al menos dos, a veces entrelazados entre ellos. Por un lado, el sistema político nacional entra en crisis por una variedad de factores, los

²² En este sentido, sobre todo, Giannini, M. S., *Diritto amministrativo, cit.*, pp. 456 y ss.

²³ Esta tesis nos lleva sobre todo a Pototschnig, U., *I pubblici servizi*, Padova, Cedam, 1964.

²⁴ D.P.R. 14 enero 1972, números 1-12.

cuales no es extraño un endeudamiento público excesivo. El sistema de los servicios públicos, ya sea nacionales o locales, acumula graves déficit, que las medidas legislativas de los años 1978 y siguientes intentaron limitar, pero sin éxito completo. La presencia pública en la economía debe ser aminorada, ya sea para reducir la deuda pública, así como para ingresar fondos, mientras, sobre todo después del Tratado de Maastricht, el control de las políticas económicas y monetarias tienden a salir de la soberanía estatal y asentarse al nivel europeo. Por otro lado, el avance de la integración europea favorece las liberalizaciones, y en menor medida las privatizaciones,²⁵ causando la crisis de un sistema tradicionalmente cerrado y hostil al principio de competencia.

En primer lugar, la ley del 8 de junio de 1990, n. 142, sobre las autonomías locales, reordena la materia de los servicios públicos después del texto único de 1934, e introduce en el sistema una definición ontológica (“servicios que tengan por objeto la producción de bienes y actividades dirigidas a realizar fines sociales y a promover el desarrollo económico y civil de las comunidades locales” (artículo 22.1); en segundo lugar, se introduce por primera vez una regulación general de las formas organizativas de los servicios públicos locales, que incluye la *gestión directa* (“*gestione in economia*”) en caso de modestas dimensiones o características que convierten inoportuno el recurso a otras formulas; *concesión a terceros*, por razones técnicas, económicas o de oportunidades sociales; *empresas especiales*, también multiservicios, en caso de significativa dimensión económica y empresarial; *sociedades anónimas* (“*società per azioni*”) de capital mayoritariamente público, cuando se considere oportuna la participación de otros sujetos públicos o privados.

Casi contemporáneamente, la ley del 12 de junio de 1990, n. 146, introduce una normativa en materia de derecho de huelga en el sector de los servicios públicos, de conformidad con el artículo 39 constitucional. Nace de este modo la figura del servicio público esencial, definido como el dirigido “a garantizar el goce de los derechos de la persona, constitucionalmente tutelados, a la vida, a la salud, a la libertad y a la seguridad, a la libertad de circulación, a la asistencia y previdencia social, a la educación y a la libertad de comunicación” (artículo 1.1). La normativa dictada por la ley 146 se refiere exclusivamente a la abstención colectiva del trabajo, a los fines de protesta o de reclamación laboral, que van sometidas a límites sustanciales y procedimentales, y por lo tanto, impacta solo indirectamente sobre la regulación del contenido y de la organización de los servicios públicos; sin embargo, todo ello testimonia un renovado interés del legislador para el sector.

²⁵ Véase *infra*, párrafo 5.

Por último, la ley del 26 abril de 1990, n. 86, sustituye totalmente a los artículos 357 y 358 del Código Penal, definiendo los conceptos de “función pública” y de “servicio público”. El primero se configura como “la función administrativa regulada por normas de derecho público y por actos de autorización, caracterizada por la formación y la manifestación de la voluntad de la Administración Pública y por su desenvolvimiento por medio de poderes de autorización o certificación”, mientras el segundo “debe entenderse como una actividad regulada según las mismas formas de la función pública, pero caracterizada por la carencia de los poderes típicos de ésta última”. Estas definiciones se aplican también solo en la materia penal; sin embargo, testimonian el renovado interés por la materia en su conjunto.

Por fin, la ley del 14 de noviembre de 1995, n. 481, contiene “Normas para la competencia y la regulación de los servicios de utilidad pública”; la ley no proporciona ulteriores definiciones, pero presenta dos aspectos significativos de novedad. El primero atañe a la individuación de objetivos a lograr en la realización y en la gestión de los servicios: valores como eficiencia, competencia, calidad, economía y rentabilidad, disfrute y difusión en el territorio nacional, certidumbre, previsión y transparencia del sistema de tarifas, tutela de consumidores y usuarios, no son solo meramente enunciados (artículo 1), sino concretamente perseguidos mediante soluciones organizativas y procedimentales. El segundo aspecto consiste en la creación de autoridades administrativas independientes en los sectores de energía y gas y de telecomunicaciones, a las cuales se otorgan funciones y poderes precedentemente atribuidos a órganos estatales u otros entes públicos (artículo 2). Este nuevo marco legislativo en cierta manera cierra el ciclo de innovaciones normativas, dando a cada sector una especie de autonomía “vertical”, aunque en un sistema de red con análogas instituciones a nivel europeo.

III. LA INFLUENCIA DEL DERECHO EUROPEO

En el derecho comunitario, como es bien sabido, falta una normativa general en materia de servicios públicos. El Tratado de Roma ha nacido también en vista de la realización de la libre prestación de los servicios en los Estados miembros (artículos 3, inciso c, del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea), sobre la base de una definición como siempre general y también residual idónea a incluir un conjunto de prestaciones reguladas: “se considerarán como servicios las prestaciones realizadas normalmente a cambio de una remuneración, en la medida en que no se rijan por las disposiciones relativas a la libre circulación de mercancías, capitales y personas”

(artículo 57, versiones consolidadas del Tratado de la Unión Europea y del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, en adelante TFUE).

Los principios aplicables derivan de la conformación del derecho europeo: no discriminación, sea fundada expresamente sobre la nacionalidad o disimulada bajo otros parámetros aparentemente neutros, eliminación de las restricciones al establecimiento de ciudadanos de otros Estados, salvo aquellas impuestas por normas fundadas en el interés público y obligatorias para personas y empresas nacionales.

Sustancialmente, la relación entre el Estado y el mercado se deja a elección de los países miembros, puesto que el primer apartado del artículo 106 del TFUE impone el respeto de los principios de la competencia y de la libre circulación, con sus corolarios; todavía, el segundo apartado, insertado bajo perentoria solicitud de Francia, deja a salvo las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés general “en la medida en que la aplicación de dichas normas no impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada”, y por lo tanto parece no obligar a los sistemas nacionales a opciones más o menos liberistas o estatistas, permitiendo una amplia elección entre tipos de constitución económica también bastante diversificadas. En particular, se evalúa positivamente la capacidad del servicio público de crear cohesión social y promover el sentimiento de pertenencia a una determinada comunidad. El ámbito de los servicios públicos queda, por lo tanto, al menos en línea teórica, puesto de nuevo a la discreción de los Estados y de sus orientaciones de política económica. En particular, rige el principio *freedom to define*, que deja a cada uno de los ordenamientos determinar las obligaciones de servicio público y regularlas. Además, existen múltiples indicios de un específico favor de las instituciones europeas por la reserva de empresa y por la competencia: por ejemplo, “Queda prohibida cualquier medida que no se base en consideraciones prudentiales que establezca un acceso privilegiado a las entidades financieras para las instituciones, órganos u organismos de la Unión, Gobiernos centrales, autoridades regionales, locales u otras autoridades públicas, organismos de derecho público o empresas públicas de los Estados miembros” (artículo 124, TFUE); “Salvo que los Tratados dispongan otra cosa, serán incompatibles con el mercado interior, en la medida en que afecten a los intercambios comerciales entre Estados miembros, las ayudas otorgadas por los Estados o mediante fondos estatales, bajo cualquier forma, que falseen o amenacen falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones” (artículo 107, TFUE).

En todo caso, el ordenamiento comunitario no manifiesta preferencia por la forma privada o pública de la gestión de los servicios, pero impulsa

por la eliminación de los monopolios y en todo caso de los obstáculos que impiden la creación de un mercado único de los servicios, además que de las mercancías. El derecho comunitario, entonces, dispone que el eventual monopolio de un operador público en un determinado sector no se extienda inútilmente a mercados colaterales o a actividades auxiliares (como por ejemplo son los aparatos telefónicos en el sector de la telefonía,²⁶ o el servicio de correo o cajas fuertes en el sector de correos)²⁷; tiende a imponer la identificación de los costes de las obligaciones de servicio público o al menos su transparencia, de manera que los gastos ulteriores que derivan de las exigencias de continuidad o regularidad, o de peculiares actividades que el libre mercado por sí mismo no cumpliría, sean hechos evidentes y no se confundan con otros aspectos de la gestión, ocultando eventuales ineficiencias, también onerosas;²⁸ intenta perseguir a través de la anulación y de la obligación de restitución cualquier forma de ayuda de Estado que intrínsecamente altere la competencia y favorezca al operador, especialmente si este es público.²⁹

Un momento decisivo en constreñir al ordenamiento italiano a moverse en la dirección de la competencia, a través liberalizaciones y privatizaciones de los servicios públicos a nivel tanto local cuanto nacional, ha sido ciertamente la entrada en vigor de la Directiva 92/50 del 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios, entendidos como cualquier contrato a título oneroso celebrado por escrito entre un prestador de servicios y una entidad adjudicadora (artículo 1, inciso a). La directiva mencionada ha sido traspuesta con retraso en el ordenamiento italiano, con el d.lgs. del 17 de marzo de 1995, n. 157.

Siguen después las directivas comunitarias de última generación (nn. 2004/17/CEE y 2004/18/CEE), que, análogamente a las precedentes, no disciplinan ni inmediata ni directamente la materia de los servicios públicos.

Coherentemente, el código de los contratos públicos relativos a labores, servicios y suministros (d.lgs. del 12 de abril de 2006, n. 163), que ha recibido en Italia directivas, no se aplica a la materia de los servicios públicos.³⁰

²⁶ Tribunal de Justicia, sent. 13 diciembre 1991, Causa c-18/88.

²⁷ Tribunal de Justicia, sent. 13 mayo 1993, Causa c-320/91.

²⁸ Véase la comunicación de la Comisión relativa a los servicios de interés general del 20 septiembre 2000 y, anteriormente, la directiva CEE 25 junio 1980, n. 723, relativa a la transparencia de las relaciones financieras entre los Estados miembros y las empresas públicas.

²⁹ Por último, véase Buzzacchi, C., *Principio della concorrenza e aiuti di Stato tra diritto interno e diritto comunitario*, *Giur. cost.*, 2004, 227 y ss. y Pace, A., *Gli aiuti di Stato sono forme di "tutela" della concorrenza?*, *Giur. cost.*, 2004, 259 y ss.

³⁰ Cons. Stato, Sez. V, 24 marzo 2011, n. 1784.

De hecho, las disposiciones del código no se aplican a la concesión de servicios (artículo 30, apartado 1, d.lgs. 163/2006); sin embargo, en términos del artículo 30, apartado 3, d.lgs. 163/2006,

La elección del concesionario debe ser con respeto a los principios del Tratado y a los principios generales relativos a los contratos públicos y, en particular de los principios de transparencia, adecuada publicidad, no discriminación, paridad de tratamiento, mutuo reconocimiento, proporcionalidad, previa carrera informal a quienes son invitados, al menos cinco concursantes, si subsisten en tal número sujetos calificados en relación a la concesión, y con predeterminación de los criterios selectivos.

Para los servicios públicos, los procedimientos de adjudicación no son por tanto de detalle y formalizados, sino que deben conformarse a los referidos principios comunitarios que, debiendo ser respetados, no constituyan parámetros de legitimidad.³¹

La capacidad de esta normativa de adecuar el sistema de los servicios públicos, de vincularlo a la evidencia pública y de impulsar la apertura del mercado nacional, ha sido realmente extraordinaria.

IV. LOS SERVICIOS PÚBLICOS ENTRE LOS AÑOS 2000 Y 2008

A partir de los primeros años noventa, la regulación de los servicios públicos locales, que se había quedado inmóvil por casi un siglo, está sometida a una continua, frenética transformación, cuya capacidad de ocasionar tensiones crecientes no solo en el propio sistema del derecho administrativo, sino en la misma estructura de la economía nacional, en un contexto de relaciones poco a poco más difíciles con el ordenamiento europeo, ha aparecido evidente a la doctrina y a la jurisprudencia. Ya se ha recordado cómo la ley 142 de 1990 haya regulado la estructura de las fórmulas organizativas utilizables por el ente local para la administración de los servicios públicos: ahora se debe mencionar cómo la empresa municipalizada (empresa órgano tradicional desprovista de personalidad jurídica, pero dotada de autonomía patrimonial y contable) haya sido transformada en una “*azienda speciale*”, dotada de personalidad jurídica de derecho público, y por ello asimilable a un ente público económico local, y al mismo tiempo puesta

³¹ Volpe, C., *Appalti pubblici e servizi pubblici. Dall'art. 23 bis al decreto legge manovra di agosto 2011 attraverso il referendum: l'attuale quadro normativo*, en www.giustizia-amministrativa.it el 17.10.2011; Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 1 agosto 2011, n. 16.

en antagonismo con la sociedad por acciones de capital mayoritariamente público, introducida en forma facultativa por la misma ley. Dos años después, la ley del 23 de diciembre de 1992, n. 498, faculta la creación de sociedades por acciones sin vínculo de propiedad mayoritaria para el ejercicio de servicios públicos y para la realización de infraestructuras y otras obras públicas, solo con las obligaciones de procedimientos de licitación pública por la selección de los socios privados y por la eventual colocación de las acciones, y de previsión en el acto constitutivo del poder de nombramiento de uno o más administradores o revisores, acompañando dicha disciplina con una serie de medidas fiscales en forma de incentivos. La delegación legislativa al gobierno para dictar una normativa relativa a la entidad máxima del capital, al límite máximo de la participación pública, a la relación entre ente local y socios privados y a los criterios de elección de este último, no ha sido ejercida nunca. En 1995, todavía, la tendencia a vaciar la figura de la *azienda speciale* se confirma con el d.l. del 31 de enero, n. 26, convertido en l. del 29 de marzo de 1995, n. 95, que simplifica la normativa por ser esta adoptada por el gobierno en vía reglamentaria (“*delegificazione*”) con el d.P.R. del 16 de septiembre de 1996, n. 533. No es casual que estas normativas son contemporáneas a la ley 481 de 1995 sobre la competencia y la regulación de los servicios de utilidad pública, aunque aparentemente el impacto de este último texto normativo ha sido nulo en el sector de las telecomunicaciones y limitado a las empresas locales, mantenidas en vida no obstante la nacionalización de la energía eléctrica, y muy limitado en el sector gasista.

Además, en 1997, la l. del 15 de mayo, n. 127 pone al revés³² el esquema de las fórmulas alternativas para gestionar los servicios públicos locales, autorizando la transformación de las *aziende speciali* en sociedades por acciones, con facultad del ente local de mantener la calidad de accionista único por un periodo transitorio no sobresaliente un quinquenio. La transformación no es obligatoria, pero es fomentada por incentivos fiscales y burocráticos. Al mismo tiempo, se introducen las sociedades de transformación urbana³³ para realizar intervenciones públicas principalmente en áreas industriales abandonadas.

Poco después, en 2000, el d.lgs. del 18 de agosto, n. 267 (TUEL), reformula la lista de las figuras organizativas, distinguiendo ya sea entre sociedades de capital mayoritariamente público, o ya sea también en la forma de la sociedad de responsabilidad limitada, constituidas o participadas por el ente titular del servicio, y sociedad por acciones sin vínculo de propiedad pública mayoritaria (artículo 113).

³² Artículo 17, que sustituye parte del artículo 22 de la ley 142/90.

³³ Artículo 17, c. 52.

Con el artículo 35 de la *legge finanziaria* por el año 2002, l. del 28 de diciembre del 2001, n. 448, el sistema organizativo de los servicios públicos locales sufre una ulterior transformación en sentido al menos formalmente privatista. El nuevo artículo 113 del texto único dicta una nueva normativa para los servicios locales con carácter industrial, aunque las normas reglamentarias de ejecución no serán adoptadas nunca. Además, el artículo 113 regula los sectores que faltan de normativa específica en tres segmentos, la propiedad de instalaciones y redes, que corresponde al ente local o a sociedades de capital mayoritariamente público, la administración de las redes, si son separadas del suministro, otorgables a sociedades mayoritariamente públicas, mediante *in house providing* (adjudicación interna), y por último el suministro, dejado al mercado pero en el marco de estándares definidos por la autoridad reguladora de sector o, en caso de ausencia de esta, por el mismo ente local, con posibilidad de cesión de las participaciones públicas. Las *aziende speciali* municipales y las constituidas en forma de consorcio desaparecen a partir del 30 de junio de 2003.

El artículo 35, apartado 13, que deroga los artículos 265 y 267 del r.d. 1175/1931, que regulaban las “concesiones a la industria privada”, parece suprimir también el instituto de la concesión administrativa. Esta parece ser sustituida por el contrato de servicio, quedando necesaria una resolución administrativa para determinar el sujeto encargado de la gestión. Los institutos de derecho privado, y en particular de derecho societario, muestran entonces una clara capacidad expansiva, después su introducción en un sector que no les conocía. En particular, la sociedad por acciones se revela cada vez más no como un mero moderno recipiente fungible con otras formas organizativas, sino como una verdadera idea-fuerza, absorbente, capaz de transformar las empresas públicas locales fuera de la órbita del gobierno local. Las sociedades mixtas se presentan como una alternativa descentralizada a la lógica tradicional del servicio público, mientras que la precariedad del marco normativo descarga con preponderancia sobre la jurisprudencia tensiones de difícil resolución ante la ausencia de vinculaciones sistemáticas. El localismo sobrevive prácticamente solo en la mera titularidad de las infraestructuras; todo lo remanente parece sujeto al principio del mercado, considerando indicios como el sometimiento a las autoridades independientes y el sistema competencial de los adjudicaciones.

El artículo 113 del texto único fue modificado dos veces más a finales de 2003.³⁴ El carácter industrial o comercial de los servicios como criterio

³⁴ Antes, con el artículo 14 del d.l. 30 septiembre 2003, n. 269, convertido en l. 24 noviembre 2003, n. 326 y luego con el apartado 234 del artículo 2 de la ley 24 diciembre 2003, n. 350, financiera para el 2004.

distintivo de la normativa sobre los servicios con vocación social fue sustituido por el concepto de “naturaleza económica”, menos dificultosa y funcionalmente más amplia; a las sociedades titulares de la red se impone la propiedad totalitaria pública y a las titulares de la administración separada del suministro se impone por un lado la participación pública no más mayoritaria, sino totalitaria, por otro lado el “control análogo” al que el ente local ejerce sobre sus propios servicios —requisito que deriva del precedente *Teckal*³⁵ del Tribunal de Justicia Europeo sobre la asunción de forma directa de la gestión de los servicios, cuya formulación paró una acción judicial (“procedimiento de infracción”) por incumplimiento de normas y principios del Tratado—³⁶ la realización de la parte esencial de su actividad con el ente o los entes que las controlan; en cambio, a las sociedades de suministro se permite que tengan naturaleza mixta, con licitación del socio, o totalmente pública, con posibilidad de adjudicación directa de la gestión de servicios; se admite un periodo transitorio trienal para los servicios regulados por normas especiales. Para los servicios no económicos es permitido igualmente por el artículo 113 *bis* la solución de la adjudicación directa a sociedades bajo control público totalitario a la manera de un servicio interno y con actividades desarrolladas prevalentemente a favor de los entes propietarios.

En efecto, el sistema se abre fuertemente a la penetrabilidad del derecho europeo, por un lado, y al empleo de institutos de derecho privado, por el otro. En cuanto a este segundo perfil, la sustitución de la concesión con el contrato como instrumento de vinculación entre el ente titular y el sujeto encargado de la gestión y la progresiva transformación de las empresas municipalizadas en sociedades por acciones dan lugar a un régimen de privatización formal.

La adaptación del nuevo régimen se deja a la jurisprudencia administrativa, que muchas veces tiende a atenuar el impacto de las innovaciones organizativas mediante la aplicación de institutos y mecanismos procedimentales de la tradición administrativa. En particular, la desaparición virtual de la resolución de concesión, que sobrevive solamente cuando la sociedad no haya sido específicamente constituida y actúe fuera del territorio del ente propietario, coloca sobre nuevas bases el problema del reparto de jurisdicción en ausencia de actos administrativos: la Corte de Casación, en secciones unidas, reguladoras de las jurisdicciones, en 1999³⁷ ha establecido que subsiste la jurisdicción administrativa en cualquier caso en el que se dé

³⁵ Tribunal de Justicia, sent. 18 noviembre 1998, C-107-98.

³⁶ C(2002)2329 del 26 junio 2002.

³⁷ Cass. SS.UU, 5 febrero 1999, n. 24.

lugar a procedimientos de evidencia pública; la crisis de las figuras organizativas que se han verificado en los años anteriores, a nivel nacional, así como local, viene resuelta utilizando la noción de organismo de derecho público, categoría amplia y no técnica del derecho europeo, introducida para cubrir con la obligación de licitación figuras jurídicas subjetivas. En síntesis, cada vez que exista la obligación de licitación y, por lo tanto, se presente un sujeto también formalmente privatizado definible organismo de derecho público, se pasa a la jurisdicción administrativa.

Así se da el caso de que el requisito de satisfacción de necesidades de interés general que tiene carácter industrial o comercial, nacido en el derecho administrativo francés en el último cuarto del '800 para subdividir de la amplia materia de los *services publics*, incluidas en la jurisdicción administrativa, las actividades con relevancia económica, necesitadas de un enfoque ágil y compatible con las exigencias del mercado, haya pasado al derecho comunitario con ocasión de la segunda generación de directivas en materia de licitaciones para hacer frente a las dificultades definitorias de las normativas precedentes, y de ahí haya penetrado en el derecho italiano con función exactamente especular, es decir, para afirmar y no para negar la competencia del juez administrativo.

La situación que de este modo se ha venido a crear ha sido sin embargo ulteriormente modificada por algunas importantes decisiones judiciales, ya sea nacionales así como europeas.

En cuanto a la jurisprudencia interna, la Corte Constitucional, en un primer momento,³⁸ ha sancionado la inconstitucionalidad de la atribución al juez administrativo de la competencia exclusiva de conocer todas las controversias en materia de servicios públicos, dispuesta por último por los artículos 6 y 7 de la l. 205 de 2000, en cuanto el artículo 111 constitucional impone que el reparto de jurisdicción tenga lugar no por conjuntos definidos a priori, sino solo a través de un puntual examen de las posiciones jurídicas subjetivas en juego, admitiendo la jurisdicción exclusiva del juez administrativo solo en presencia de una inextricable concatenación de derechos subjetivos e intereses legítimos.

Pocas semanas después, la Corte Constitucional³⁹ ha declarado por lo tanto ilegítimo el completo artículo 113 bis del TUEL y una parte del artículo 113 (c. 1, letra e, c. 2, segundo y tercer inciso del apartado 79). La normativa estatal sobre los servicios económicos, en las disposiciones que definen los criterios de adjudicación y prescriben la inserción de las correspondientes cláusulas en el contrato de servicio, no obstante sea inspirada en

³⁸ Corte cost., sent. 5-6 julio 2004, n. 204.

³⁹ Corte cost., sent. 13-27 julio 2004, n. 272.

exigencias de promoción de la competencia, de conformidad con el artículo 117, apartado 2, inciso e, constitucional, tiene en un excesivo detalle, que por el contrario debería dejarse a las normas regionales. Los servicios locales de contenido no económico, sustraídos a cualquier exigencia de competencia, no son susceptibles de normativa organizativa estatal ni siquiera de principio, salvo que sea inspirada en exigencias de solidaridad, de conformidad con el artículo 117, c.2, inciso m, constitucional, que atribuye al Estado la competencia legislativa en materia de niveles esenciales de las prestaciones que conciernen a los derechos civiles y sociales de garantizar en todo el territorio nacional.

Como conclusión de este recorrido normativo y jurisprudencial, los servicios económicos de ámbito local resultan haber completado la privatización formal, con la casi total desaparición de los institutos típicos del derecho administrativo, concesión de servicios y *azienda pubblica*, y la llegada a institutos de derecho privado, como la licitación, las sociedades de capitales y el contrato de servicio. En particular, la segunda es libre al máximo en la composición del capital, pero encuentra con el límite de la titularidad con relación a la propiedad de los bienes dominiales o casi-dominiales, cuando sea predispuesta a la titularidad o a la administración de la red, para los servicios que tengan una estructura en red.

La adjudicación a dichas sociedades puede ser directa cuando se trate de sociedades de capital enteramente público, o de sociedades mixtas si el socio haya sido seleccionado por licitación y subsista la doble condición del control equivalente al de los servicios internos y la preponderancia de la actividad a favor del socio público. Esto al menos en la normativa transversal, considerado que casi todos los servicios económicos locales están sujetos a regulaciones verticales, con diferente duración del periodo transitorio, diferente esfuerzo de agregación territorial por motivos de economías de escala y de impacto en la utilización de los recursos (impacto máximo en el caso del agua), diferente importancia de la red (totalmente ausente, por ejemplo, en los deshechos). Sintéticamente siguen este propósito el d.lgs. del 19 de noviembre de 1997, n. 422, en materia de transportes, el d.lgs. del 16 de marzo de 1999, n. 79 en materia de energía, el d.lgs. del 23 de mayo de 2000, n. 164, en materia de gas natural, la l. del 5 de enero de 1994, n. 36, en materia de agua. Sobre la casi totalidad de los servicios locales carentes de relevancia económica tienen competencia exclusiva las regiones, con excepción de las estructuras de acogida para niños, por su enlace con la instrucción preescolar, y a la tutela del trabajo;⁴⁰ no se pueden utilizar las formas orga-

⁴⁰ Corte cost., sent. 23 diciembre 2003, n. 370.

nizativas de la *azienda* y de la sociedad por acciones, mientras quedan las de la institución y, en el campo privado, de la fundación, de la asociación, y generalmente las formas de colaboraciones público-privadas creadas por el legislador regional.

Por último, en 2005, el Tribunal de Justicia Europeo ha adoptado algunas decisiones que potencialmente ponen en crisis las elecciones organizativas de los servicios públicos locales con contenido económico, como resultantes del conjunto de factores evolutivos descritos hasta el momento, de naturaleza normativa, jurisprudencial, y político-económicos también.

En efecto, la sentencia *Stadt Halle*,⁴¹ del 27 de enero de 2005, ha aclarado que solo la presencia de un socio privado en una sociedad encargada de la gestión de servicios públicos locales, prescindiendo aparentemente del procedimiento de selección de este, excluye el configurarse del primer requisito *Teckal*, aquel del “control análogo”. Por ello, ha entrado en crisis el mismo modelo organizativo más o menos conscientemente hecho propio por el ordenamiento italiano (y por aquellos de lengua alemana también), en el cual la búsqueda de capitales privados o de *know-how* en el mercado ha permitido a las empresas exmunicipalizadas convertirse en operadores de ámbito supramunicipal o de aspirar a papeles de primer plano en la economía nacional, sobre todo gracias a la asunción directa de servicios en precedencia administrados a título exclusivo por la municipalidad.

Más adelante, la sentencia *Parking Brixen*⁴² parece dudar de la utilizabilidad de la forma organizativa de la sociedad de capitales, aunque bajo control público totalitario, para la gestión *in house* de los servicios públicos locales de naturaleza económica. En conclusión, aunque existen indicaciones menos rígidas en sentencias posteriores,⁴³ este planteamiento en efecto vincula el ordenamiento italiano a intentar soluciones organizativas diferentes, como privatización sustancial completa, o por el contrario, el regreso a formas organizativas de derecho público, siempre que se consideren compatibles con los principios generales del derecho europeo.

V. LOS SERVICIOS PÚBLICOS LOCALES DE HOY

La disciplina del artículo 113 del d.lgs. 267 de 2000, a partir de 2008 ha sido objeto de continuas intervenciones, entre las cuales no faltan las intervenciones de referéndum y constitucionales.

⁴¹ Tribunal de Justicia, sent. 18 noviembre 1999, causa C-107/98.

⁴² Tribunal de Justicia, sent. 13 octubre 2005, causa C-458/03.

⁴³ Como por último ANAV, Tribunal de Justicia, sent. 6 abril 2006, causa C-410/04.

El artículo 133 de la ley 267 de 2000 ha sido superado por efecto de la aprobación del artículo 23 bis de la ley del 25 de junio de 2008, n. 112, inserto a la ley de conversión del 6 de agosto de 2008, n. 133, con el cual el legislador italiano ha pretendido introducir una nueva disciplina orgánica de los servicios públicos locales de relevancia económica, disponiendo la abrogación del artículo 133 en las “partes incompatibles” (apartado 11).

Las disposiciones del artículo 23 bis en materia de servicios públicos locales buscaban garantizar la aplicación de la normativa comunitaria y a favorecer la más amplia difusión de los principios de concurrencia, libertad de establecimiento y libre prestación de los servicios de todos los operadores económicos interesados en la gestión de servicios de interés general en el ámbito local, más allá de garantizar el derecho de todos los usuarios a la universalidad y accesibilidad de los servicios públicos locales y a nivel esencial de las prestaciones (apartado 1).

En cuanto al ámbito de operatividad de la norma, se aplicaba a todos los servicios públicos locales, y prevalecía sobre las disciplinas relativas a los sectores con ella incompatibles (apartado 1).

El alcance la norma ha sido, sin embargo, sucesivamente redimensionado, excluyéndose diversos sectores de su ámbito de aplicación; en particular, el artículo 30, apartado 26, de la ley 99 de 2009 ha dejado a salvo las disposiciones de las leyes 164 de 2000 y del artículo 46 bis de la ley 159 de 2007 convertido en ley 222 de 2007 en materia de distribución de gas natural, mientras el sucesivo artículo 15 de la ley 135 de 2009 convertido en ley 166 de 2009⁴⁴ ha excluido del ámbito de aplicación del artículo 23 bis también a los sectores de la distribución de energía eléctrica, del transporte ferroviario regional y de las gestiones de la farmacia comunales.

El mismo artículo 15 de la ley 135 de 2009 convertido en ley 166 de 2009 también ha introducido la previsión de que todas las formas de concesión de las gestiones de los servicios deben

cumplir con el respeto de los principios de autonomía de gestión del sujeto gesto y de plena y exclusiva propiedad pública de los recursos hídricos, los cuales pertenecen al gobierno exclusivamente a las instituciones públicas, en particular en cuanto a la calidad y precio del servicio, de conformidad con lo previsto por el decreto legislativo del 3 de abril de 2006, n. 152, garantizando el derecho a la universalidad y accesibilidad del servicio.

⁴⁴ Volpe, C., *La Corte CE continua la rifinitura dell'in house. Ma il diritto interno va in controtendenza*, in *Urbanistica e appalti*, 2010, 38; Volpe, C., *Appalti pubblici e servizi pubblici. Dall'art. 23 bis al decreto legge manovra di agosto 2011 attraverso il referendum: l'attuale quadro normativo*, en www.giustizia-amministrativa.it il 17.10.2011.

Por cuanto a la concesión de los servicios públicos locales, las disposiciones, con la modificación del artículo 15 de la ley 166 de 2009, prevén tres modalidades procedimentales.

Las primeras dos, “en vía ordinaria”, consisten en el recurso a procedimiento de evidencia pública, en donde el concesionario directo de la gestión del servicio público local es una sociedad con participación mixta pública y privada, cuyo socio privado fuera electo mediante procedimiento de competencia y evidencia pública, con la condición de que el procedimiento de carrera tuviera “un doble objeto” (esto es, al mismo tiempo, enfocado a la calidad del socio y a la atribución de exclusivas tareas operativas conexas a la gestión del servicio), y que al socio privado fuera atribuida una participación no inferior del 40 por ciento.

La tercera modalidad procedimental, *in deroga* a la modalidad ordinaria, preveía la posibilidad de una concesión directa, según el modelo comunitario c.d. *in house*.

La posibilidad de conferir la concesión directa (c.d. *in house*) estaba sin embargo subordinada a las condiciones específicas, de la elaboración jurisprudencial comunitaria:⁴⁵ que la concesión fuera a favor de una sociedad con capital enteramente público participado con la entidad local; el respeto a los principios de la disciplina comunitaria en materia de control análogo sobre la sociedad; la preponderancia a la actividad desarrollada por esta última a favor del ente público controlador. A tales condiciones se agregaba la necesidad de que subsistieran también situaciones excepcionales que no permitieran un eficaz y útil recurso al mercado.

Se pretendía también que, en los casos de concesión directa, el ente concesionario debiera dar publicidad adecuada a la elegida, motivándola con base en un análisis de mercado, y que el mismo debiera contextualmente transmitir una relación que contuviera los resultados de la referida verificación por parte de la Autoridad Garante de la Concurrencia y del Mercado por la expresión de un parecer preventivo, a rendirse dentro de los sesenta días de la recepción de la relación. Después de tal término, el parecer, si no fuera rendido, se entendía expresado en sentido favorable; el parecer era requerido si el valor económico de la concesión superaba determinados rangos por definir con el reglamento de actuación (artículo 23 bis, apartados 3, 4 y 4 bis).

El apartado 5 preveía, por tanto que, restando la propiedad pública de las redes, la gestión de ellas pudiera ser confiada a sujetos privados.

⁴⁵ Sobre el c.d. *in house* cfr. ad es. Cons. Stato, Sez. I, parere 23 marzo 2011, n. 5653; Sez. V, 8 marzo 2011, n. 1447; Sez. V, 11 agosto 2010, n. 5620.

El apartado 9 consentía la concesión simultánea con una pluralidad de servicios públicos locales, a condición de que fuera demostrado que la elección fuera económicamente beneficiosa. La duración de la concesión, única para todos los servicios, no podría ser superior a la media, calculada sobre la base de la duración de las concesiones indicadas de las disciplinas del sector.

En el apartado 7 se preveía que las regiones y los entes locales, en el ámbito de sus respectivas competencias y de entendimiento con la conferencia unificada, pudieran definir el respeto de las normativas sectoriales, para los diversos servicios, respetando una serie de parámetros funcionales.

Los apartados 8 y 9 delineaban el régimen transitorio de las concesiones.

El apartado 9, en particular, contemplaba prohibiciones específicas a los titulares de los servicios públicos locales concesionados sin carrera, que excluían la posibilidad de adquirir la gestión de servicios ulteriores, es decir, en ámbitos diversos territoriales, y de realizar servicios o actividades para otros entes públicos o privados, ni directa, ni a través de controladores u otras sociedades que fueran controladas a participadas ni participables.

El apartado 10 demandaba a uno o más reglamentos la disciplina de detalles de la actividad de los servicios públicos locales.

Dentro de esta última disposición, ha sido por tanto aprobado el decreto presidencial del 7 de septiembre de 2010, n. 168,⁴⁶ de cuya aplicación se deriva la exclusión de los servicios de distribución de gas natural y de energía eléctrica, del servicio de transporte ferroviario regional, de la gestión de las farmacias comunales; venía además aclarada la no aplicación del reglamento mismo a los servicios instrumentales de la actividad o el funcionamiento de los entes concesionados del artículo 13, apartado 1, de la ley 223 de 2006 convertido en ley 248 de 2006 (artículo 1, apartados 1 y 3).

En particular, el reglamento, entre otros puntos de mayor importancia:

i) preveía que los entes locales, a vencimiento preestablecido, debieran verificar la realización de una gestión concurrente de los servicios públicos locales, limitando la atribución de los derechos de exclusividad, no diversamente a lo establecido por la ley, a los casos en los cuales, con base en un análisis de mercado, la libre iniciativa económica privada no resultara idónea, según los criterios de proporcionalidad, subsidiariedad horizontal y eficacia, para garantizar un servicio que respondiera a las necesidades de la comunidad, excluyendo en todos los otros casos la actividad económica

⁴⁶ Sobre el reglamento *cf.* ad es. Dello Sbarba, F., *Il regolamento attuativo in materia di servizi pubblici locali a rilevanza economica*, in *Urbanistica e appalti*, 2011, 22; Volpe, C., *Appalti pubblici e servizi pubblici. Dall'art. 23 bis al decreto legge manovra di agosto 2011 attraverso il referendum: l'attuale quadro normativo*, en www.giustizia-amministrativa.it il 17.10.2011.

compatiblemente con las características de universalidad y accesibilidad del servicio (artículo 2);

ii) introducía parámetros específicos para respetar los procedimientos de evidencia pública para la concesión de los servicios y para la selección del socio privado de la sociedad mixta (artículo 3);

iii) aclaraba que las concesiones de servicios públicos locales asumieran relevancia a los fines de la expresión del parecer preventivo de la Autoridad Garante de la Concurrencia y del Mercado si su valor económico superaba la suma compleja de 200.000 euros al año (artículo 4);

iv) preveía que los sujetos concesionados c.d. *in house* de servicios públicos locales fueran sujetos al pacto de estabilidad interno, con la obligación del ente local concesionante de vigilar la observancia de los vínculos derivados (artículo 5);

vi) establecía que la sociedad c.d. *in house* y la sociedad con participación mixta pública y privada, concesionaria de servicios públicos locales, debiera aplicar, para la adquisición de bienes y servicios, las disposiciones de la ley 163 de 2006 (artículo 6);

vii) establecía que las mismas sociedades (c.d. *in house* y mixtas) concesionarias de servicios públicos locales (con excepción de la sociedad citada) debieran adoptar criterios y modalidades para el reclutamiento del personal y para la concesión de los encargos en respeto a los principios del artículo 35, apartado 3, de la ley 165 de 2001 (adecuada publicidad de la selección y modalidad de desempeño que garanticen la imparcialidad y aseguraran economía y celeridad de terminación, recurriendo al auxilio oportuno de los sistemas automatizados, directos también a realizar formas de preselección, adopción de mecanismos objetivos y transparentes, idóneos a verificar el cumplimiento de los requisitos de aptitud y profesionalismo requeridos con relación a las posiciones a cubrir, respeto de las mismas oportunidades entre trabajadoras y trabajadores; descentralización de los procedimientos de reclutamiento; composición de las comisiones exclusivamente con expertos de competencia probada en las materias de concurso, elección entre funcionarios de las administraciones, docentes y extranjeros por igual, que no fueran parte de los órganos de dirección política de las administraciones, que no cubrieran cargas políticas y que no fueran representantes sindicales o designados por las confederaciones y organizaciones sindicales o por las asociaciones profesionales (artículo 7);

viii) introducía nueve causas de incompatibilidad a fin de más claras distinciones entre funciones de regulación y funciones de gestión de los servicios públicos locales (artículo 8);

ix) disciplinaba la modalidad de concesión de los bienes al vencimiento de la gestión del servicio público local o en caso de su terminación anticipada (artículo 10);

x) contemplaba la posibilidad de recurrir a procedimientos conciliatorios para la resolución de las controversias de los intereses de los usuarios de los servicios públicos locales (artículo 11).

El reglamento consagraba asimismo el principio general que

Con respecto a la gestión del servicio de agua integrado permanec(ía)n detenida la autonomía de la gestión del sujeto, la plena y exclusiva propiedad pública de los recursos hídricos, así como la pertenencia exclusiva a las instituciones públicas del gobierno de los recursos mismos (artículo 1, apartado 2).

Finalmente, el reglamento ha individualizado expresamente las normas abrogadas en términos del artículo 23 bis (artículo 12).

A poco tiempo de distancia de la adopción del reglamento de ejecución del artículo 23 bis, la Corte Constitucional se ha expresado sobre esta última norma con sentencia 3-17 de noviembre de 2010, n. 325, declarando inconstitucional su apartado 10, letra a), primera parte, limitadamente a las palabras “la sujeción de los concesionarios directos de servicios público locales al pacto de estabilidad interno e”.

La Corte tiene en cuenta que

el ámbito de aplicación del pacto de estabilidad interno relacionado a la materia de la coordinación de las finanzas públicas (sentencia n. 284 y n. 237 de 2009; n. 267 de 2006), de competencia legislativa concurrente, y no en materia de competencia legislativa exclusiva estatal, para los cuales solamente el artículo 117, sexto apartado, Cost. atribuye al Estado la potestad reglamentaria.

El destino de las disciplinas de los servicios públicos locales de relevancia económica, que finalmente habían encontrado una propia organización, ha sido por tanto marcada con el resultado del referéndum popular de los días 12-13 de junio de 2011, cuya búsqueda —declarada legítima, con ordenanza pronunciada el 6 de diciembre de 2010 y depositada el sucesivo 7 de diciembre en la Oficina central para el referéndum constituido por la Corte de Casación y rubricada con el n. 1— ha declarado admisible por la Corte Constitucional con sentencia 12-16 de enero de 2011, n. 24.

La pregunta del referéndum mencionado, a pesar de nacer con referencia específica del servicio de agua, se refería a la abrogación total del artículo 23 bis de la ley 133 de 2008.

Y los resultados de la consulta popular no comportaban expulsión efectiva del ordenamiento jurídico italiano.

Con el decreto presidencial del 18 de julio de 2011, no. 113, artículo 23 bis, en el texto resultante de la sentencia de la Corte Constitucional n. 325 de 2010 ha sido por tanto abrogado, a partir del día sucesivo al de la publicación del decreto mismo en la *Gaceta Oficial de la República Italiana* (esto es, el 21 de julio de 2011).

La abrogación del artículo 23 bis ha comportado, consecuentemente, la caducidad también del reglamento aprobado con el decreto presidencial 168 de 2010, en cuanto adoptado sobre la base de la delegación contenida en el apartado 10 del mismo artículo 23 bis.

Obviamente, no fueron afectados con el resultado del referéndum las normativas de sectores concernientes a la distribución del gas y de la energía eléctrica, transporte ferroviario regional y gestión de las farmacias comunales, en cuanto excluidos de la aplicación del artículo 23 bis.

En cuanto a la disciplina de los servicios locales de relevancia económica consecuentes a los resultado del referéndum, la Corte Constitucional, en la sentencia 24 de 2011, había especificado que

con la abrogación referendaria no deriva, en tema de reglas de concurrencia relativas a los servicios públicos locales de relevancia económica, ni una laguna normativa incompatible con las obligaciones comunitarias ni a la aplicación de una normatividad contrastante con la referido actitud de concurrencia mínima inderogable requerida por el ordenamiento comunitario y que “con la abrogación del artículo 23 bis, de un lato, no se conseguiría algún resurgimiento de las normas abrogadas con tal artículo... por el contrario, derivaría la aplicación inmediata en el ordenamiento italiano de la normatividad comunitaria (como se ha visto, menos restrictiva respecto de aquella objeto de referéndum relativa a las reglas de concurrencia mínima en tema de evidencia pública por la concesión de la gestión de servicios públicos de relevancia económica”.

En la mente de la sentencia de la Corte Constitucional, por tanto, la disciplina de los servicios públicos locales de relevancia comunitaria resultante del referéndum se caracterizaba por los siguientes elementos: i) ningún resurgimiento de las normas a su tiempo derogadas con el artículo 23 bis; ii) aplicación inmediata en el ordenamiento italiano de la normativa comunitaria; es decir, de los principios de tratados y de los principios de la jurisprudencia de la Corte de Justicia, inmediatamente operables en los ordenamientos de los Estados miembros.

En sustancia, para la concesión de la gestión de los servicios públicos locales de relevancia económica, el resultado referendario:⁴⁷

i) se debe recurrir en línea general a procedimiento de evidencia pública; ii) se puede recurrir al modelo del c.d. *in house* en vía excepcional,⁴⁸ con respeto de las reglas comunitarias (sociedad con capital enteramente pública; control análogo, carácter predominante de la actividad), sin la aplicación de las ulteriores condiciones de acuerdo con el artículo 23 bis;

iii) se puede recurrir a la concesión de una sociedad mixta (de acuerdo con el modelo europeo del c.d. perteneciente público-privado institucionalizado),⁴⁹ en el cual el socio privado fuera elegido a través del procedimiento de evidencia público con un doble objeto (esto es, concerniente tanto a la individualización del socio operativo como a la concesión de la gestión del servicio),⁵⁰ también en este caso sin la aplicación de las ulteriores condiciones del artículo 23 bis.

Pronto después del resultado referendario ha sido también inmediatamente señalada la necesidad de una rápida intervención normativa, que regulara la concesión de las gestiones de los servicios públicos locales en cuestión, por exigencias fundamentales de certeza del derecho.

Ha sido por tanto adoptado el decreto-ley del 13 de agosto de 2011, no. 138, sobre “Ulteriores medidas urgentes para la estabilización financiera y para el desarrollo”, convertido en ley del 14 de septiembre de 2011, n. 148 que, con el artículo 4, rubricado “Adecuadamente con la disciplina de los servicios públicos locales al referéndum popular y a la normatividad de la Unión europea”, ha normado *ex novo* los servicios públicos locales de relevancia económica, retomando en gran parte los contenidos del artículo 23

⁴⁷ Sobre los efectos del referéndum *cf.* ad es. Perfetti, L., “La disciplina dei servizi pubblici locali ad esito del referendum ed il piacere dell’autonomia locale”, *Urbanistica e appalti*, 2011, 906; Rizzo, I., “La disciplina dei servizi pubblici locali dopo il referendum”, *Urbanistica e appalti*, 2011, 899; Rossi, G., “Ricompone il quadro normativo delle società di gestione dei servizi pubblici locali. Alla ricerca del filo di Arianna”, en www.giustamm.it, n. 6-2011; Volpe, C., *Appalti pubblici e servizi pubblici. Dall’art. 23 bis al decreto legge manovra di agosto 2011 attraverso il referendum: l’attuale quadro normativo*, en www.giustizia-amministrativa.it il 17.10.2011.

⁴⁸ Cons. Stato, Sez. VI, 3 aprile 2007, n. 1514; Cons. Stato, Adunanza Plenaria, 3 marzo 2008, n. 1.

⁴⁹ Volpe, C., *Appalti pubblici e servizi pubblici. Dall’art. 23 bis al decreto legge manovra di agosto 2011 attraverso il referendum: l’attuale quadro normativo*, en www.giustizia-amministrativa.it il 17.10.2011; Corte Giust. CE, Sez. III, 15 ottobre 2009, procedimento C-196/08, Acoset s.p.a

⁵⁰ Sobre la carrera con doble objeto *cf.* ad es. Consiglio di Stato, Sez. VI, 16 marzo 2009, n. 1555; Sez. V, 13 febrero 2009, n. 824.

bis, y más de las disposiciones del reglamento del decreto presidencial 168 de 2010.⁵¹

Entre las diferencias más significativas respecto al régimen previgente⁵² se encuentra incluso la circunstancia de que la nueva normativa no se aplica al servicio de agua integrado (con la sola excepción de las disposiciones de incompatibilidad; apartados del 19 a 27), más allá que a los servicios ya exclusivos de la disciplina precedente (servicio de distribución de gas natural y de energía eléctrica, servicio de transporte ferroviario y gestión de las farmacias comunales, apartado 34).

Más aún, está consentida la concesión a favor de sociedad c.d. *in house*, con capital enteramente público, que cubra los requisitos del ordenamiento europeo, solo si el valor económico del servicio objeto de la concesión es igual o inferior a la suma de 900,000 euros al año (apartado 13).

Las sociedades c.d. *in house* concesionarias directas para la gestión de servicios públicos locales son incluso sometidas al pacto de estabilidad interno según la modalidad a definir con un decreto interministerial, sobre el cual vigilan a los entes locales concesionados (apartado 14), así como la obligación a las sociedades mixtas, de observar procedimientos de evidencia pública para la adquisición de bienes y de servicios para la contratación del personal (apartados 15 y 17).

La nueva disciplina prevé como punto principal⁵³ la valuación, por parte de los entes locales, a través de una resolución marco que se adopte dentro de los doce meses a partir de la entrada en vigor de la ley 138 de 2011 (esto es, antes del 13 de agosto de 2012), y sucesivamente y en cada caso antes de proceder a la concesión y a la renovación de las gestiones de los servicios, de la realización de una gestión correccional de los servicios públicos de relevancia económica, liberando todas las actividades económicas compatiblemente con las características de universalidad y accesibilidad del

⁵¹ Sobre la nueva disciplina *cf.* ad es.: Guzzo, G., *I spl di rilevanza economica dopo il restyling del d.l. n. 138/2011: "nuove" regole e vecchie questioni*, in www.lexitalia.it, n. 7-8/2011; Furno, E., *La never ending story dei servizi pubblici locali di rilevanza economica tra aspirazioni concorrenziali ed esigenze sociali: linee di tendenza e problematiche aperte alla luce del d.l. n. 138/2011, convertito nella l. n. 148/2011*, in www.giustamm.it, n. 9-2011; Volpe, C., *Appalti pubblici e servizi pubblici. Dall'art. 23 bis al decreto legge manovra di agosto 2011 attraverso il referendum: l'attuale quadro normativo*, en www.giustizia-amministrativa.it il 17.10.2011.

⁵² Volpe, C., *Appalti pubblici e servizi pubblici. Dall'art. 23 bis al decreto legge manovra di agosto 2011 attraverso il referendum: l'attuale quadro normativo*, en www.giustizia-amministrativa.it il 17.10.2011.

⁵³ Volpe, C., *Appalti pubblici e servizi pubblici. Dall'art. 23 bis al decreto legge manovra di agosto 2011 attraverso il referendum: l'attuale quadro normativo*, en www.giustizia-amministrativa.it il 17.10.2011.

servicio y limitando, en los otros casos, la atribución de derechos exclusivos conforme a la hipótesis en la cual, con base en un análisis de mercado, la libre iniciativa privada económica no resulte idónea para garantizar un servicio que responda a las necesidades de la comunidad. El reconocimiento de las resoluciones debe darse a conocer y deben ser enviadas a la Autoridad Garante de la Concurrencia y del Mercado para la relación al Parlamento de acuerdo con la ley 287 de 1990 (apartados 1 a 4).

En el apartado 5 prescribe que los entes locales, para asegurar a los usuarios las erogaciones de servicios públicos que tengan por objeto la producción de bienes y la actividad encaminada a realizar fines sociales y a promover el desarrollo económico y civil de las comunidades locales, definan previamente, cuando sea necesario, las obligaciones de los servicios públicos, previendo las eventuales compensaciones económicas a las empresa prestadores de los servicios, teniendo en cuenta los ingresos de las tarifas y los límites de la disponibilidad de fondos destinados a este fin.

El apartado 8 establece que cuando la autoridad local, tras la revisión prevista en el apartado 1, desee conceder derechos de exclusiva, la atribución de la gestión de servicios públicos locales deberá estar a favor de los empleadores o sociedad constituida de cualquier forma mediante procedimiento de competencia identificados por los procedimientos de licitación pública, los principios del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y los principios generales relativos a los contratos públicos y, en particular, los principios de accesibilidad, equidad, transparencia, publicidad adecuada, la no discriminación, igualdad de trato, el reconocimiento mutuo y de proporcionalidad. Los mismos procedimientos se llevan a cabo para cumplir los estándares de calidad, cantidad, distribución del medio ambiente, equitativo del territorio y la seguridad, tal como se define por la ley, en su caso, por las autoridades competentes del sector o, en su defecto, mediante la contratación de los cuerpos.

El apartado 9 prevé que la sociedad con capital totalmente público puede participar en los procedimientos de adjudicación en la evidencia pública, a menos que existan prohibiciones específicas establecidas por la ley.

El apartado 10 establece el principio de reciprocidad para las empresas extranjeras a los Estados miembros no pertenecientes a la UE con respecto a la posibilidad de ser admitido en algunos procedimientos públicos y competitivos para la custodia de los servicios públicos locales.

El apartado 11 contiene requisitos respecto a procedimientos competitivos de licitación pública para la custodia de los servicios públicos locales y el contenido de la notificación o carta de invitación.

El apartado 12 indica los requisitos específicos para el anuncio o carta de invitación, concerniente a la considerada “carrera de doble objeto”, con la estipulación de que al socio privado debe ser conferida una participación en la empresa mixta pública y privada no inferior al 40 por ciento.

El apartado 15 prevé que la sociedad c.d. *in house* y la sociedad de participación mixta pública y privada, concesionarias de servicios públicos locales, apliquen, para la adquisición de bienes y servicios, las disposiciones de la ley 163 de 2006.

El apartado 17 establece que las empresas públicas que gestionan los servicios públicos locales adopten, con sus propias medidas, criterios y procedimientos para la contratación de personal y la provisión de oficinas en observancia de los principios del artículo. 35, apartado 3, del Decreto Legislativo 165 de 2001, proporcionando también una prohibición de la contratación de personal o para asignar funciones a la adopción de estas medidas. Esta disposición no se aplica a las empresas que cotizan en mercados regulados.

El apartado 18 establece la verificación del cumplimiento del contrato de servicio, confiando a los auditores de la autoridad local en todos los casos en los que se asistieron al capital social del sujeto por el mismo operador.

Los párrafos 19 a 27 contienen disposiciones aplicables a las citas y tareas que se entregarán después de la fecha de entrada en vigor del decreto, la intención de separar las funciones de las funciones de órgano de contratación, control, dirección y control de los servicios públicos locales por gestión.

El apartado 28 establece que, a pesar de la titularidad pública de las redes, su gestión puede ser encomendada a los particulares.

Los apartados 29, 30 y 31 regulan la concesión, por parte del operador anterior con el gestor entrante, los bienes de equipo y sus accesorios, necesarios para la continuidad del servicio debido a la gestión del servicio público local o en caso de terminación anticipada.

El apartado 32 regula el régimen transitorio de los concesionarios no conformes en cuanto al decreto establecido, al señalar que:

a) Las concesiones directas por servicios cuyo valor económico es mayor que la suma mencionada en el apartado 13, así como las concesiones directas que no está cubierta en los casos citados en los apartados siguientes b) a d) cesan, improrrogablemente, y sin necesidad de resolución del ente concesionario, el 31 de marzo de 2012;

b) la gestiones concesionadas directamente a sociedades con participación mixta pública y privada, en donde la selección del socio provenga mediante procedimiento de competencia y evidencia pública, en respeto a los

principios del apartado 8, los cuales no hayan tenido por objeto al mismo tiempo la calidad de socio y la atribución de las competencias operativas conexas a la gestión del servicio, cesan, improrrogablemente y sin necesidad de resolución del ente concesionario, el 30 de junio de 2012;

c) las gestiones concesionadas directamente a sociedades de participación mixta pública y privada, en donde la elección del socio sea dada mediante procedimiento de competencia y evidencia pública, en respeto de los principios del apartado 8, que hayan tenido al mismo tiempo la calidad de socio y la atribución de las tareas operativas conexas a la gestión del servicio, cesan a la terminación prevista en el contrato de servicio;

d) las concesiones directas otorgadas al 1 de octubre de 2003 a sociedades con participación pública ya citada a esa fecha y controladas en términos del artículo 2359 cc, cesan a la terminación prevista en el contrato de servicio, siempre que la participación pública se reduzca también gradualmente a través de procedimientos públicos o formas de colocación privada a inversores calificados y operadores industriales, a una cuota no superior al 40 por ciento 30 de junio 2013 y no más del 30 por ciento el 31 de diciembre de 2015, cuando las condiciones no se produzcan, las concesiones cesan improrrogablemente sin necesidad de resolución del ente concesionante, al 30 de junio de 2013 o 31 de diciembre 2015.

El apartado 35, finalmente, hace salvedad a los procedimientos de contratación ya iniciados a la entrada en vigor del decreto.

El artículo 4 de la ley 138 de 2011, convertido en ley 148 de 2011, tiene rápidamente una primera serie de modificaciones por efecto del artículo 9 de la ley del 12 noviembre de 2011, n. 183, que dice “Disposiciones para la formación del balance anual y plurianual del Estado (Ley de estabilidad 2012)”.⁵⁴

En particular, el artículo 9 de la ley 183 de 2011 expresamente ha pretendido “realizar un sistema libre de los servicios públicos locales de relevancia económica a través de la plena concurrencia del mercado y... perseguir los objetivos de liberación y privatización e los mismos servicios... asimismo... asegurar, mediante un sistema de benchmarking, el progresivo mejoramiento de la calidad y eficacia de la gestión de los mismos servicios”, operando una serie de modificaciones al artículo 4 l. 148 de 2011.

Entre ellas, las variaciones más significativas son las siguientes: i) la expectativa de que, con el marco de la resolución, las autoridades locales pueden valorar la oportunidad de proceder a la concesión simultánea con una

⁵⁴ Sobre el artículo 9 l. 183 del 2011 *cf.* ad es. Guzzo, G., *Brevi riflessioni su i nova dei spl dopo la legge di stabilità*, en www.dirittodeiservizipubblici.it.

pluralidad de servicios públicos locales en los casos en que se pueda demostrar que esta opción es ventajosa económicamente, ii) la expectativa de que, en ausencia de la resolución marco, las autoridades locales no pueden proceder a la adjudicación de derechos exclusivos, iii) la expectativa de que, con el final de la concesión c.d. *in house* está prohibido proceder a la división del mismo servicio y sus expectativas.

El artículo 9 de la ley 183 de 2011 también hizo cambios en el régimen transitorio de las concesiones, previendo que los vencimientos de acuerdo con el apartado 32, letra a), se aplican también a las gestiones no conformes al apartado 13, y que la deducción progresiva de capital contemplada en el artículo 32, letra d), se refiere a la participación de los accionistas titulares de acciones públicas, detentores de acciones al 13 de agosto de 2011, es decir, un sindicato.

Asimismo, se ha insertado al nuevo apartado 32 bis del artículo 4 de la ley 148 de 2011, a fin de dar efectividad al régimen transitorio, señala que

A fin de verificar y asegurar el respeto de las disposiciones del apartado 32, el prefecto se asegura de que los entes locales hayan actuado, dentro de los términos establecidos, en cuanto previsto al mismo apartado. En caso de incumplimiento, asignará a los entes incumplidos un término perentorio para proveer al respecto. Transcurrido dicho periodo, el Gobierno, revisando los presupuestos, podrá ejercitar el poder sustitutivo.

Asimismo, el artículo 9 de la ley 183 de 2011 ha previsto, introduciendo el nuevo apartado 33 bis del artículo 4 de la ley 148 de 2011, que, a fin de asegurar el progresivo mejoramiento de la calidad de gestión, los entes concesionantes deben hacer públicos los datos concernientes al nivel de calidad del servicio prestado, el precio medio por usuario y el nivel de las inversiones efectuadas, así como cualquier información adicional necesaria a dicha finalidad.

El artículo 9 de la ley 183 de 2011 ha incluido un nuevo apartado 33 bis al artículo 4 de la ley 148 de 2011, lo que se refiere a un decreto ministerial especial que ha de adoptar dentro del 31/01/2012 las medidas necesarias para garantizar la plena aplicación de lo dispuesto en el artículo 4 de la misma, con referencia específica a la aplicación del nuevo apartado 33 bis, y de los criterios para la verificación a que se refiere el apartado 1 y la adopción de la resolución a que se refiere el apartado 2.

Finalmente, el artículo 9 de la ley 183 ha especificado que las disposiciones contenidas en el artículo 4 de la ley 148 de 2011 se aplican a todos los servicios públicos locales y prevalecen sobre las disciplinas relativas a los sectores con ellas incompatibles y, con la introducción del nuevo apartado

34 bis ha establecido que el artículo 4 de la ley 148 de 2011 encuentra aplicación

quedando dispuesto al apartado 34... el transporte público local, con la precisión que “respecto al transporte público regional, son hechas salvedades de las concesiones ya deliberadas de conformidad al art. 5, párrafo 2, del reglamento” (CE) n. 137/2007 del Parlamento europeo y del Consejo, del 23 de octubre de 2007.

La problemática disciplina de los servicios públicos de relevancia económica ha sido nuevamente registrada al inicio de 2012, por el decreto-ley del 24 de enero de 2012, n. 1, al estado en espera de conversión en ley, que dice: “Disposiciones urgentes para la concurrencia, el desarrollo de la infraestructura y la competitividad”, que nuevamente interviene, con el artículo 25, sobre la ley 148 de 2011, con la intención de liberar ulteriormente los servicios públicos locales de relevancia económica.⁵⁵

En primer lugar, el decreto-ley 1 de 2012 ha insertado en la ley 148 de 2011, el nuevo artículo 3 bis, que establece reglas en materia de “Ámbitos territoriales y criterios de organización del desarrollo de los servicios públicos locales”, centrado en la promoción de la liberación.

En particular, el nuevo artículo 3 de la ley 148 de 2011 establece que: i) para proteger la competencia y el medio ambiente, las regiones y provincias autónomas de Trento y Bolzano organizan el funcionamiento de los servicios públicos locales en las zonas o cuencas regionales óptimos y homogéneos con respecto al tamaño, pero no menos el tamaño de la provincia y para permitir a las economías de escala y la diferenciación necesarias para maximizar la eficiencia del servicio, dentro del plazo del 30 de junio de 2012. Después de la expiración del plazo, el Consejo de Ministros, para proteger el marco legal y económico, podrá ejercer las facultades de sustitución, ii) a partir de 2013, los procedimientos de solicitud de concesión de un registro público por regiones, provincias y de los órganos de gobierno municipales o locales, o el alcance del elemento de evaluación de la cuenca iii) sin perjuicio del financiamiento de los proyectos relativos a los servicios públicos locales de la cooperación económica, los financiamientos de cualquier título conexos a valer sobre recursos públicos estatales son prioritariamente atribuidos a los entes de gobierno de los ámbitos territoriales óptimos donde los relativos gestores del servicio seleccionados a través de procedimiento de evidencia público o en cualquier forma la autoridad de regulación de compe-

⁵⁵ Sobre la ley del 1 del 2012 *cfr.* ad es. Palomba, M., *Il decreto – legge 24 gennaio 2012, n. 1, c.d. “Cresci-Italia” – Le principali novità introdotte nel settore*, en www.dirittodeiserviziubblici.it.

tencia tenga verificativo la eficiencia de gestión y la calidad del servicio prestado sobre la base de los parámetros establecidos por la misma autoridad.

En contraste, el nuevo artículo 3 bis de la ley 148 de 2011 reitera y refuerza las restricciones que pesan sobre las empresas concesionadas c.d. *in house*, previendo que esas: i) están sujetas al pacto de estabilidad interna cuya observancia vigilan los entes locales concesionantes o el ente de gobierno local en el ámbito, ii) están obligados a comprar bienes y servicios de conformidad con las disposiciones del Decreto Legislativo 163 de 2006, iii) adoptarán, con medidas propias, criterios y procedimientos para la contratación de personal y la provisión de oficinas en observancia de los principios contemplados en el apartado 3 del artículo 35 del decreto-ley 165 de 2001 y las disposiciones que establecen a cargo de los entes locales prohibiciones o limitaciones a la contratación de personal, la contención de los elementos contractuales y de otro tipo pagados en concepto de compensación o indemnización para el consejo y los administradores, incluso.

El artículo 25 del decreto-ley 1 de 2012 también ha introducido cambios en el artículo 4 de la ley 148 de 2011.

En primer lugar, el artículo 25 del decreto ley 1 de 2012 ha afectado el proceso de adopción de la resolución marco, la modificación de los apartados 3 y 4 del artículo 4 l. 148 de 2011, introduciendo a cargo de los órganos locales una verdadera obligación la introducción de los organismos locales encargados de la obligación real de emitir la resolución marco.

Se prevé, en primer lugar, que para las autoridades locales con poblaciones mayores de 10,000 habitantes, la resolución marco sea adoptada previo parecer obligatorio de la Autoridad Garante de la Concurrencia y del Mercado, que se pronunciará dentro de los sesenta días, sobre la base de las investigaciones realizadas por el cuerpo de gobierno local o en su defecto por la autoridad local, la existencia de motivos adecuados y suficientes para la concesión de derechos exclusivos y la exactitud de la elección si se debe proceder de forma simultánea con la adjudicación de servicios públicos locales. La decisión y el dictamen se publicará en el sitio de internet, si los hubiera, y con ulteriores modalidades idóneas.

Asimismo, se prevé explícitamente que el envío a la Autoridad Garante de la Concurrencia y del Mercado, para el parecer obligatorio, de la verificación y del esquema de resolución marco relativo, sea efectuado dentro de los doce meses siguientes a la entrada en vigor del decreto, y después, periódicamente según los respectivos ordenamientos de los entes locales, que la resolución marco sea de cualquier forma adoptada antes de proceder a la concesión y al reenvío de las gestiones de los servicios, dentro de los treinta días para el parecer de la Autoridad Garante de la Concurrencia y del Mer-

cado y que, en ausencia de la resolución, el ente local no pueda proceder a la atribución de derechos de exclusividad.

Asimismo, el decreto-ley 1 de 2012 ha modificado el apartado 11 del artículo 4 de la ley 148 de 2011, al prever que, además de los requisitos exigidos por los avisos o las cartas de invitación a los procedimientos públicos destinados a la custodia de la gestión de los servicios públicos locales, exista también una previsión de compromiso del gestor para lograr una economía de la gestión a lo largo de la duración programa por la concesión, y que la previsión, entre los elementos de valoración de la oferta y en la medida de la economía antes mencionada, sea utilizada para la reducción de los aranceles, los cuales deben aplicarse a los usuarios y al financiamiento de los instrumentos de apoyo relacionados con los procesos de eficacia relacionados con el personal.

Sobre el frente de la concesión c.d. *in house*, el decreto-ley 1 de 2012 ha reducido sensiblemente el límite máximo entre los cuales el mismo esta consentido, reduciéndolo de 900,000 a 200,000 euros.

El artículo 25 del decreto-ley 1 de 2012 también ha afectado el régimen transitorio, previendo que en la hipótesis de la cual la letra a) del apartado 32 del artículo 4 de la ley 148 de 2011 las gestiones no conformes cesan al 31 de diciembre de 2012 y que, en deroga, la concesión para gestión c.d. *in house* pueda ser a favor de empresas resultantes de la integración operativa, perfeccionada dentro del término del 31 de diciembre de 2012, ya sea de gestiones directas preexistentes o *in house*, tales como configurar un único gasto del servicio a nivel del ámbito territorial óptimo en términos del nuevo artículo 3 bis de la ley 148 de 2011. En tal caso, el contrato de servicios deberá contener indicaciones puntuales respecto al nivel de calidad del servicio prestado, el precio medio por usuario, el nivel de inversiones programadas a efectuar y objetivos de realización (rentabilidad, calidad, eficiencia). La valoración de la eficacia y de la eficiencia de las gestiones y el respeto de las condiciones previstas en el contrato de servicio son puestas a verificación anual de parte de la autoridad de regulación de sector. La duración de la concesión *in house* a la empresa resultante de la integración no podrá ser superior a tres años.

El artículo 25 del decreto-ley 1 de 2012 después ha previsto que en las hipótesis de la letra b) del apartado 32 del artículo 4 de la ley 148 de 2011, las gestiones no conformes cesen al 31 de marzo de 2013.

Finalmente, siempre en tema de régimen transitorio, el artículo 25 del decreto-ley de 2012 ha introducido un nuevo apartado 32 ter del artículo 4 de la ley 148 de 2011, que establece, salvo lo dispuesto en el párrafo 32, y con el fin de no afectar la continuidad necesaria en la prestación de los

servicios públicos locales de relevancia económica, los sujetos públicos y privados en las actividades de fortalecimiento de la gestión de los servicios públicos locales aseguran la integral y regular persecución de la actividad misma más allá de los plazos señalados en el mismo, y en particular el cumplimiento de obligaciones de servicio público y de los estándares mínimos de servicio público local, en las condiciones de los contratos de servicios respectivos y demás actos que regulan la relación, hasta la toma del nuevo gestor, y, en el caso de liberalización del sector, hasta la apertura del mercado a la concurrencia, con la especificación de que ninguna indemnización o compensación adicional puede ser solicitada en relación con los valores de la disposición.

Por tanto, el artículo 25 de la ley 1 de 2012 ha modificado la competencia ministerial para adoptar el decreto del apartado 33 ter del artículo 4 de la ley 148 de 2011 y el término de adopción del mismo (ahora coincidente con el 31 de marzo de 2012).

Aún más, el artículo 25 del decreto-ley 1 de 2012 ha completado la extensión de la aplicación de la normativa en argumento al servicio de transporte ferroviario regional, el cual se elimina de la lista de los sectores excluidos, proporcionando; sin embargo, esta excepción se hace solo hasta el vencimiento natural de los primeros seis años de los contratos de validez, la custodia y el servicio ya aprobado y firmado de conformidad con el artículo 5 del Reglamento CE n. 1370/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, del 23 de octubre de 2007, y de conformidad con el artículo 61 de la Ley del 23 de julio de 2009, n. 99.

El informe gubernativo se refiere a los posibles efectos beneficiosos de una liberación controlada de los servicios ferroviarios, apreciada por el examen de lo ocurrido en otros países europeos, en particular Alemania y Suecia.

El artículo 25 del decreto-ley 1 de 2012 establece finalmente que los concesionarios de servicios públicos locales, después de un requerimiento específico, están obligados a proporcionar a las autoridades locales que decidan llamar a una licitación para la adjudicación de los datos de servicio de las características de las instalaciones e infraestructura, su valor en libros al principio del año, de acuerdo con parámetros de mercado, revalorizaciones y depreciaciones, y cualquier otra información necesaria para definir.

El pronóstico es asistido por un sistema específico de sanciones: a pesar de lo dispuesto en el artículo 3 de la ley 287 de 1990, el retraso en la comunicación después del término de sesenta días de la solicitud y la comunicación de información falsa integran ilícito por el cual, sobre requerimiento del ente local, irroga una sanción administrativa pecuniaria, en términos de

la ley 689/1981, desde un mínimo de 5,000 euros a un máximo de 500,000 euros.

De la lectura de la relación gubernativa se evidencia claramente que el intento perseguido por el gobierno con la reforma de los servicios públicos locales implementado recientemente es incentivar la liberación de sectores que por muchos años han sido sustraídos del juego de la concurrencia: “El cuadro económico internacional, el nivel del crédito público, el crecimiento de la disminución no consiente más al País bolsas de privilegios y posiciones ventajosas. El mercado debe retomar los espacios por mucho tiempo limitados a causa de la sedimentación de estos beneficios, no más motivados. Por ello, el decreto contiene medidas dirigidas a incrementar el perímetro de los mercados y a estimular el juego de la concurrencia”.

Sin embargo, es cierto que la secuencia de acciones es muy generosa en periodo muy breve, incluso en una orientación clara de la crisis internacional, se acerca a las exigencias de la seguridad y la estabilidad del derecho y causa efectos significativos en la aplicación.

VI. LOS SERVICIOS PÚBLICOS A NIVEL NACIONAL

También los servicios públicos nacionales han soportado, desde inicios de los años noventa, una serie de transformaciones organizativas, inducidas solo en parte por el derecho europeo — teóricamente indiferente al régimen propietario de las empresas en los Estados miembros (artículo 345, TFUE, ex artículo 295, TCE)— y debidas al elevado endeudamiento del sector público y a la necesidad de realizar flujos de caja a través de las cesiones de actividades al menos potencialmente lucrativas. Después de la ley del 30 de julio de 1990, n. 218, y del d.lgs. del 20 de noviembre de 1990, n. 356,⁵⁶ para la conversión de los bancos públicos en sociedades por acciones de participación pública obligatoria, los entes públicos económicos han sido objeto de tres ciclos sucesivos de medidas privatizadoras.

La primera ola ha sido representada por la ley del 29 de enero de 1992, n. 35, que introducía un procedimiento facultativo de privatización formal, puesto en marcha por una propuesta del ente interesado, en el ámbito de los criterios generales establecidos por el Comité interministerial para la programación económica (CIPE), aprobada con decreto interministerial.

Habiendo quedado dicha medida legislativa del todo inactuada, el d. ley 333/1992, convertido en ley del 8 de agosto de 1992, n. 359, ha transformado directamente en sociedades por acciones el Istituto per la ricos-

⁵⁶ Sobre la cual Corte cost., sent. 29-31 diciembre 1993, n. 500.

truzione industriale (IRI), el Ente nazionale idrocarburi (ENI), el Istituto nazionale per le assicurazioni (INA) y el Ente nazionale per l'energia elettrica (ENEL), dejando al CIPE la facultad de promover otras transformaciones por vía administrativa (como, por ejemplo, se ha verificado en el caso de la privatización del Ente Ferrovie dello Stato). Esta normativa ha marcado una fuerte aceleración a las privatizaciones, aunque remarcando la dimensión publicista.

La tercera ola de privatizaciones ha tenido lugar con la ley 474, del 30-7-1994, que ha convertido en ley el d. ley 332/1994, el cual ha previsto una aceleración de los procedimientos de cesión de participaciones del Estado y de los entes públicos en s.p.a. (normas para la venta de las acciones). En síntesis, la normativa de esta última fase se divide en dos partes: la primera prevé una regulación general⁵⁷ aplicable al Estado (artículo 1.1), a los entes públicos (artículo 1.6), y a los entes que otorgan las empresas reguladas por el artículo 11, d. lgs. 356/1990;⁵⁸ la segunda, proporcionada por la ley n. 59 de 1997) ha intentado poner las bases para una disciplina general de las sociedades que ejercen los servicios públicos. El intento no ha sido de los más logrados: la determinación del área de los servicios públicos, de conformidad con los apartados 1 y 3 del artículo 2, como ha sido hecho notar,⁵⁹ resulta ser muy insatisfactorio. En efecto, por un lado, en las disposiciones susodichas se procede a un listado de las sociedades operantes en determinados ámbitos (defensa, transportes, telecomunicaciones y fuentes de ener-

⁵⁷ La disciplina general se divide, a su vez, en tres partes: 1) con relación al ámbito de aplicación, está sancionado que las vigentes normas de ley y reglamentos sobre la contabilidad general del Estado no se apliquen a las alienaciones de las participaciones del Estado y de los entes públicos en sociedades por acciones y a los otorgamientos de las mismas sociedades participadas, así como a los actos y a las operaciones complementarias e instrumentales a las mismas alienaciones incluida la concesión de indemnización y garantía según la praxis de los mercados (artículo 1.1); 2) por cuanto se refiere a las modalidades de alineación ellas son identificadas en oferta pública de venta, cesión de las acciones mediante alienaciones directas con los potenciales adquirentes (artículo 2); 3) con referencia a la constitución de un núcleo estable de accionistas de referencia se prevé en caso de cesión directa, con acto del gobierno puede ser dispuesta «la cesión de la participación debe ser efectuada invitando potenciales adquirentes, que presenten requisitos de idónea capacidad empresarial, a avanzar, actuando en concierto, ofertas que comprendan el compromiso, de insertar en el contrato de cesión, de garantizar, mediante el acuerdo entre los participantes al núcleo estable, determinadas condiciones financieras, económicas y administrativas. El contrato puede además prever, por un periodo determinado, la prohibición de cesión de la participación, la prohibición de cesión de la empresa y la determinación de la indemnización en caso de incumplimiento de conformidad con el artículo 1382 del código civil» (artículo 1.3).

⁵⁸ Luego derogado por el artículo 30 d.lgs 153/1999.

⁵⁹ Cassese, S., *La nuova costituzione economica*, Bari, Laterza, 2004, p. 132.

gía), por el otro, ya sea al apartado 1, así como al apartado 3 del artículo 2, se agrega la locución «otros servicios públicos», vaciando de significado la referencia explícita a determinados servicios.

Además, cabe subrayar, como la misma normativa prevé, que las cesiones de las participaciones de acciones del Estado y de los entes públicos en las sociedades previstas por el artículo 2 estén subordinadas a la creación de organismos independientes para la regulación de las tarifas y el control de la calidad de los servicios de relevante interés público.⁶⁰

Son tres las tipologías de límites a la autonomía privada previstas por la disciplina bajo examen: 1) la injerencia ministerial en los nombramientos de los administradores y en la organización de las sociedades privatizadas; 2) la determinación de los límites de posesión de acciones por parte de los⁶¹ particulares/personas privadas; 3) la previsión de límites a la autonomía estatutaria de las sociedades, con la posibilidad (en caso de límites a la posesión de acciones) de la elección de administradores mediante voto de lista, con representación de las minorías.

En esta sede no puede dejarse de hacer referencia al menos al primero de los límites identificados, que se concretiza en la atribución de los denominados poderes especiales (llamados, sobre el ejemplo inglés, *golden share*) al ministro del Tesoro, del Presupuesto y de la Programación económica (hoy ministro de Economía y Finanzas) capaz de limitar la autonomía privada de las empresas privatizadas que ejercen servicios públicos.⁶²

Por lo pronto, la Comisión Europea ha entrevisto en la normativa una posible violación de las disposiciones del Tratado CE sobre el principio de libre circulación de los capitales; por ello, ha activado el procedimiento de infracción contra Italia, que se ha concluido con una sentencia del Tribunal de Justicia de mayo de 2000,⁶³ que ha condenado al Estado italiano por haber violado con los artículos 1 c. 5 y 3 de la ley 474/1994 las obligaciones previstas por los artículos 43, 49, 56 TCE.

El resultado del procedimiento era tan claramente pronosticado, que el Estado italiano, todavía antes de su formal condena como consecuencia de la

⁶⁰ Artículo 1 *bis* introducido en sede de conversión.

⁶¹ El artículo 3 prevé que en los estatutos pueda ser previsto un techo del 5%.

⁶² Los poderes son de cuatro tipos: aprobación de asunción de participación superiores a la vigésima parte del capital social; aprobación a la conclusión de pactos o acuerdos que involucren al menos la vigésima parte del capital social; veto a las deliberaciones de disolución, transferencia, fusión, división, transferencia de la sede al extranjero, cambio social, nombramiento de al menos un administrador o de un número de administradores no superiores a un cuarto de los miembros del consejo y de un revisor.

⁶³ Tribunal de Justicia 23-5-2000, *Comisión c. Italia*, Causa C-58/99.

decisión mencionada por el Tribunal de Justicia, había proveído a mitigar los poderes ministeriales especiales, antes con la ley n. 488 del 29-12-1999 y luego con el DPCM del 11-2-2000, emanado de conformidad con la misma ley.⁶⁴

El mandato al gobierno previsto por la ley del 15 de marzo de 1997, n. 59 (artículos 11 y 14) ha generado entre otras cosas la transformación en s.p.a. controlada por el Tesoro del Istituto poligrafico e Zecca dello Stato (d.lgs. del 21 de abril de 1999, n. 116).

Además de esta última, quedan todavía bajo control del Estado,⁶⁵ entre otras, las sociedades ENEL s.p.a., Poste Italiane s.p.a., Rai Holding s.p.a., Finmeccanica s.p.a., cuyas acciones han sido transferidas en diciembre de 2000 por el IRI al Ministerio de Economía y Finanzas.

Obviamente, el proceso de privatización que ha hecho decaer la gestión de los servicios públicos mediante la empresa autónoma o ente público autónomo ha sido cronológicamente flanqueado y precedido lógicamente por una ulterior aceleración del recorrido de liberalización de los servicios públicos ya puesto en marcha, como se ha evidenciado precedentemente, a los inicios de los años noventa por medio de las presiones que en este sentido tenían origen en el ordenamiento europeo. En efecto, todas las normativas del sector en los últimos años han sido radicalmente reformadas⁶⁶ con el fin de realizar las condiciones de libre mercado dictadas por la normativa comunitaria, con la consecuencia que regímenes de reserva permitidos por el artículo 43 const. son en su gran mayoría superados: es el derecho europeo a establecer en qué casos es excepcionalmente admitido el otorgamiento de derechos especiales y exclusivos.⁶⁷

En conclusión, se puede afirmar, como lo que se ha ganado a través del proceso de liberalización, que ha permitido el acceso a multiplicidad operadores en el mercado de los servicios públicos, tal vez se ha perdido bajo el aspecto de las limitaciones en los márgenes de autonomía privada que la re-

⁶⁴ La primera intervención limita el recurso a los poderes especiales a relevantes y rigurosos motivos de «interés público» y puntualiza que tales poderes deben ser conformes al principio de no discriminación así como es tutelado por el ordenamiento comunitario y adoptados en coherencia «con los objetivos en materia de privatización y de tutela de la competencia y del mercado». La segunda intervención puntualiza que los poderes especiales deben salvaguardar «vitales intereses del Estado» y ha vinculado a un *numerus clausus* de hipótesis la posibilidad de negar la aprobación a la adquisición de participaciones a sociedades privatizadas.

⁶⁵ Como hace notar Cassese, S., *op. cit.*, p. 136.

⁶⁶ DPR 18-9-1997, n. 318 (telecomunicaciones); d.l. 16-3-1999, n. 79 (energía eléctrica); dPR., 16-3-1999, n. 146 (ferroviario); d.lvo 22-7-1999 n. 261 (correo), d.lvo 23-5-2000 n. 164 (gas natural).

⁶⁷ Napolitano, G., *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Bologna, Il Mulino, 2005.

gulación implica para los operadores una vez que han entrado en un determinado sector. La liberalización a la entrada, como ha sido evidenciado,⁶⁸ ha producido como efecto necesario la exigencia de una regulación más detallada de la actividad de gestión de los servicios públicos, en cuanto que el acceso de nuevos operadores ha hecho necesario regular los espacios entre las empresas del sector (la interconexión) y el acceso a las redes, y establecer los criterios para la utilización y el uso de los recursos escasos.

No obstante la necesidad de la reglamentación para asegurar la transición desde el régimen de monopolio al de la competencia respetuosa de los principios de no discriminación y tutela del consumidor, parece asistir a un exceso de regulación, que contrariamente a su intento originario implica una limitación de la competencia. En particular, en el ámbito de la administración ministerial, últimamente se han multiplicado los departamentos y las direcciones generales, las oficinas especiales, las sociedades por acciones con participación mayoritaria del Tesoro.

La lógica de neohipertrofia paraestatal ha involucrado también al sector de las autoridades independientes, que han nacido exactamente con la intención opuesta de aligerar y desburocratizar la intervención pública en la economía.

Más exactamente, la red siempre más densa de *Authorities* ha provocado unas veces una concentración de competencias, otras veces su dispersión, con una proliferación de entes reguladores cuyas atribuciones se superponen. Lo anterior implica que las autoridades independientes, introducidas para que la técnica y la racionalidad económica en la regulación del mercado pudieran finalmente sustituirse a la administración del mismo mercado por parte de la política, corran el riesgo de causar el efecto contrario, es decir, favorecer un desquite de la política en perjuicio de la técnica y del Estado administrador en perjuicio del Estado regulador.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- BENVENUTI, F., *L'ordinamento repubblicano*, Padova, Cedam, 1959.
- BUZZACCHI, C., "Principio della concorrenza e aiuti di Stato tra diritto interno e diritto comunitario", *Giur. cost.*, 2004.
- CASSESE, S., *La nuova costituzione economica*, Bari, Laterza, 2004.
- FERRARI, G. F., "Aspetti e problemi istituzionali", en BOGNETTI, G. y MAGNANI, I. (coord.), *I servizi pubblici locali tra equità ed efficienza*, Milano, Angeli, 1989.

⁶⁸ Cassese, S., *op. cit.*, p. 116.

GIANNINI, M. S., *Diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1970.

NAPOLITANO, G., *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Bologna, Il Mulino, 2005.

PACE, A., “Gli aiuti di Stato sono forme di “tutela” della concorrenza?”, *Giur. cost.*, 2004.

PIRAS, A., “La municipalizzazione”, en GIANNINI, M. S. (coord.), *I comuni, Atti del congresso celebrativo del centenario delle leggi amministrative di unificazione*, Vicenza, Neri Pozza, 1967.

POTOTSCHNIG, U., *I pubblici servizi*, Padova, Cedam, 1964.