CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SR. DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER presentadas el 20 de octubre de 2009 [1]

I. Introducción

1. En los albores del Estado Providencia, ciertos entornos económicos se sustrajeron de la lógica del mercado con la finalidad de reducir la distancia entre el «espacio vital dominado» y el «espacio vital efectivo». [2] En nombre de valores no estrictamente económicos —consagrados en la clásica noción jurídica continental del servicio público— se intensificó la intervención estatal en algunos ámbitos, se crearon monopolios y se reforzó la regulación.

2. A partir del Acta Única Europea, cuando se entroniza «en el altar de las ideas políticas» un nuevo ídolo, la competencia, el servicio público se erige en un obstáculo que hay que superar en aras de una liberalización en la que se depositan todas las esperanzas. [3]

3. La implantación de un mercado abierto constituye el primer paso de esta política, pero tras la eliminación de las barreras persisten ciertas necesidades que el mercado no es capaz de atender por sí solo. Nace así una intervención pública, con forma de «servicios de interés general» y de «obligaciones de servicio público», que las autoridades imponen a las empresas de los sectores liberalizados para salvaguardar los intereses públicos cuya satisfacción, por ser irrenunciable, no puede dejarse al libre juego de las fuerzas del mercado.

4. El gran reto del derecho económico actual radica en delimitar estas actuaciones públicas. Hasta el momento, sólo se ha suscitado en relación con la subsistencia de derechos exclusivos o en la financiación de los referidos servicios, pero raramente al hilo de las obligaciones de servicio público. Sobre este particular versa precisamente la cuestión prejudicial planteada en esta ocasión.

5. Desde el siglo XIX el gas reviste una singular importancia para el desarrollo de las

1 — Lengua original: español.

2 — Terminología acuñada por Forsthoff, en su teoría sobre la «procura existencial» (Daseinvorsorge) [Forsthoff, E., *Sociedad Industrial y Administración Pública,* Escuela Nacional de Administración Pública, Madrid, 1967 (1958)].

3 — Como ha señalado con maestría Fernández, T.R., en «Del servicio público a la liberalización desde 1950 hasta hoy», *Revista de Administración Pública,* nº 150, septiembre-diciembre 1999, pp. 57 a 73.

sociedades modernas. La literatura ha reflejado las suspicacias que levantó el gas en un primer momento [4] y el impacto que provocó después, [5] hasta integrarse en la vida cotidiana, como puso de relieve Pérez Galdós. [6] La Directiva 2003/55/CE [7] prevé la apertura total del mercado gasista a partir del 1 de julio de 2007 y el Tribunale Amministrativo Regionale della Lombardia pregunta si, después de esa fecha, cabe que las autoridades italianas participen excepcionalmente en la fijación de los precios de suministro del gas en una situación fáctica de falta de competencia.

6. Si el servicio público se define, según ha recordado el Conseil d'État francés, [8] como «la prolongación del mercado por otros medios, cuando el mercado fracasa, y no su contrario», en una coyuntura de deterioro de la competencia el Estado habría de terciar para paliar las consecuencias de tal trance. La actuación pública en el mercado, con todo, se ha de restringir para no posponer *sine die* la verdadera liberalización, orientándose al amparo de los derechos de los consumidores.

4 — Alexandre Dumas, en su novela «La mujer del collar de terciopelo», *Mil y un fantasmas,* Editorial Valdemar, Madrid, 1996, p. 20, explica en 1846 que «Nodier sentía horror por todas las invenciones; el gas le sacaba de quicio, el vapor le exasperaba; veía el fin del mundo próximo en la destrucción de los bosques y en el agotamiento de las minas de hulla».

5 — Una de las primeras aplicaciones del gas la inventó el francés Montgolfier al levantar sus famosos globos aprovechando la ligereza del hidrógeno:
Mariano José de Larra escribió en 1833 tres artículos bajo el mismo título, «Ascensión aerostática», *Artículos completos,* Ed. RBA e Instituto Cervantes. En el primero, pp. 482 y s.s., relata el intento del español García Rozo de hacer volar un globo en el parterre del parque del Retiro de Madrid el 28 de abril de 1833, en presencia de los Reyes y ante una extraordinaria expectación. La experiencia se malogró por varias circunstancias y por la lluvia. En el segundo artículo, pp. 546 y ss., la narración se centra en otro intento de García Rozo en la plaza de Oriente, unos días más tarde, en el que no logró henchir el globo, repitiéndose la escena de Don Quijote y Sancho, cuando, subidos en Clavileño, se creían viajando en la región del fuego al leve soplo de los fuelles de la casa del Duque. En el tercero, no recogido en la obra citada, más breve, se refiere de nuevo al fiasco de la plaza de Oriente.
Después el gas aparece como un avance de los tiempos modernos:
José Maria Eça de Queirós, en «La Reliquia», *Obras Completas,* trad. de Julio Gómez de la Serna, Ed. Aguilar, Madrid, 1954, vol. I, pp. 179 y ss, pone en boca del protagonista «¿Había perdido irremediablemente mi individualidad de Raposo, de católico, de licenciado, contemporáneo del *Times* y del gas, para convertirme en un hombre de la antigüedad, coetáneo de Tiberio?6».
Finalmente, el gas se incorpora a los quehaceres cotidianos, iluminando las calles o las viviendas:
Irene Nemirovsky, en *El Baile* (trad. de Gema Moral, Ed. Salamandra, Barcelona, 2006, p. 14), narra que la madre de Antoinette, la protagonista, leía novelas acodada bajo una lámpara grande con forma de globo de vidrio esmerilado, en el que brillaba el impetuoso chorro de gas; y en la p. 53 alude a que Antoinette, un anochecer en París, se topa con el farolero, que tocaba una a una las farolas con su larga pértiga, encendiéndolas súbitamente.
Recientemente Ana María Matute, ganadora de los premios Planeta, Nadal o Café de Gijón y candidata al Nobel, en *Paraíso inhabitado* (Ed. Destino, Barcelona, 2008, p. 11), se refiere al farolero que, en los atardeceres de los años anteriores a la segunda República española, «iba encendiendo con una larga pértiga llamitas azuladas, temblorosas, dentro de sus faroles de gas».

6 — M. del C. Simón Palmer, «El gas en la obra de Galdós», *Actas del IV Congreso internacional de estudios galdosianos de 1990,* editadas por el Cabildo Insular de Gran Canaria, Las Palmas, 1993, vol II, pp. 565 y ss., recoge numerosos pasajes de los Episodios Nacionales, de Fortunata y Jacinta, de Tormento, de La desheredada o de Doña Perfecta.

7 — Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2003, sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural y por la que se deroga la Directiva 98/30/CE (DO L 176, p. 57).

8 — «Rapport public du Conseil d'État, 1994, Considérations générales: Service public, services publics : déclin ou renouveau», *Études et Documents* nº 46, París, 1995, p. 63.

II. El marco jurídico

A. *El derecho comunitario: la Directiva 2003/55*

7. La Directiva 2003/55 persigue la realización del mercado interior del gas natural.

8. De acuerdo con su segundo considerando, la experiencia adquirida con la Directiva 98/30/CE, [9] que la Directiva de 2003 deroga, puso de manifiesto las ventajas que se derivarían de la instauración de ese mercado, resaltando que continúa habiendo deficiencias importantes y que se podría mejorar su funcionamiento, en especial con «medidas concretas para garantizar unas condiciones equitativas en la producción y para reducir el riesgo de que aparezcan posiciones dominantes y prácticas abusivas [...], velando por la protección de los derechos de los pequeños clientes y de los clientes vulnerables».

9. El decimoctavo considerando de la Directiva 2003/55 contempla uno de los elementos esenciales del proceso liberalizador: la libre elección del suministrador por los consumidores del gas. Para alcanzar este objetivo, la Directiva acoge un enfoque progresivo, combinado con un plazo, de modo que las empresas puedan adaptarse y asegurar la salvaguarda de los intereses de los consumidores y su derecho, real y efectivo, a escoger un suministrador.

10. El vigésimo sexto considerando se refiere a las decisiones de los Estados miembros para lograr un grado elevado «de servicio público en la Comunidad», precisando que han de notificarse periódicamente a la Comisión y que varían «según se trate de clientes domésticos o de pequeñas y medianas empresas». El vigésimo séptimo considerando alude al servicio público, «exigencia fundamental» de la Directiva, que ha de especificar «normas mínimas comunes, que ponderen la defensa de los consumidores, la seguridad del suministro, la tutela del medio ambiente y unos niveles equivalentes de competencia en todos los Estados miembros». Asimismo, subraya que esas condiciones han de interpretarse teniendo en cuenta las circunstancias nacionales, dentro del respeto del derecho comunitario.

11. De conformidad con el artículo 2, número 25, la Directiva entiende por «clientes domésticos» los que compren gas natural

9 — Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de junio de 1998, sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural (DO L 204, p. 1).

destinado a su propio consumo y, según el propio artículo 2, número 28, por «clientes cualificados» los que disfruten del derecho a comprar gas al suministrador de su elección, a tenor del artículo 23 de la Directiva. Este artículo 23, apartado 1, letra c), exige a los Estados miembros que, a partir del 1 de julio de 2007, todos los clientes sean cualificados.

12. El artículo 3 de la Directiva está dedicado a las obligaciones de servicio público y a la protección del cliente. En su apartado 1, compromete a los Estados miembros a velar «por que las compañías de gas natural obren con arreglo a los principios de la presente Directiva, con miras a la realización de un mercado del gas natural competitivo, seguro y sostenible para el medio ambiente», y a no ejercer «discriminación entre esas empresas en cuanto a derechos y obligaciones».

13. Lo anterior ha de entenderse, no obstante, «sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 2» de este artículo 3, en el que se establece que «dentro del pleno respeto de las normas pertinentes del Tratado, y en particular de su artículo 86, los Estados miembros pueden imponer a las compañías que operan en el sector del gas, en aras del interés económico general, obligaciones de servicio público, en relación con […] el precio de los suministros […]». Estas obligaciones de servicio público han de explicarse claramente, ser transparentes, no discriminatorias y controlables, garantizando a las empresas de gas de la Unión Europea el acceso, en igualdad de condiciones, a los consumidores nacionales.

14. El artículo 3, apartado 3, introduce una obligación de defensa de los usuarios, con especial atención a los más desvalidos: Los Estados miembros han de proteger a los clientes finales y asegurar un nivel adecuado de protección del consumidor, sobre todo de los clientes vulnerables, ayudándoles a evitar las interrupciones de suministro, en especial en lo que atañe a la transparencia de las condiciones contractuales generales, la información y los mecanismos de resolución de conflictos. Los Estados miembros han de velar por que los clientes cualificados puedan cambiar de suministrador. Al menos por lo que respecta a los clientes domésticos, estas medidas han de incluir las que se enuncian en el anexo A. [10]

15. Según el artículo 3, apartado 6, los Estados miembros han de informar a la Comisión, «cuando incorporen la presente Directiva, de todas las medidas adoptadas para cumplir las obligaciones de servicio público, incluidos los objetivos de protección del consumidor y del

10 — La letra g) de ese anexo A contempla la de «velar por que los clientes […] conectados a la red de gas estén informados de los derechos que, en virtud de la legislación nacional aplicable, tienen a que se les suministre gas natural de una calidad determinada a precios razonables».

medio ambiente, y sus posibles efectos en la competencia nacional e internacional», independientemente de que dichas medidas supongan una excepción a lo sancionado en la Directiva.

B. *El derecho italiano*

16. Apenas unos días antes del 1 de julio de 2007, fecha tope para la liberalización completa del mercado del gas de conformidad con el artículo 23 de la Directiva 2003/55, se aprobó en Italia el Decreto-ley nº 73, de 18 de junio de 2007, por el que se atribuía a la Autorità per l'energia elettrica e il gas la facultad de fijar «precios de referencia» para la venta del gas a ciertos clientes, ya con posteridad a la apertura total del mercado.

17. El citado Decreto-ley se convalidó por la Ley nº 125, de 3 de agosto de 2007, cuyo artículo 1, apartado 3, prescribe que:

«Para garantizar el cumplimiento de las reglas comunitarias en materia de servicio universal, la Autorità per l'energia elettrica e il gas impone condiciones estandarizadas de prestación del servicio y define con carácter transitorio, sobre la base de los costes efectivos del servicio, precios de referencia […] para el suministro del gas a los clientes nacionales, que las empresas de distribución o de venta, en el ámbito de las obligaciones de servicio público, han de reflejar en sus propias ofertas comerciales, previendo también la posibilidad de elegir entre planes de tarifas y franjas horarias diferenciadas. […], sin afectar las facultades de vigilancia y de actuación de la Autorità para defender los derechos de los usuarios, sobre todo en los casos de aumento de los precios y de alteraciones de las condiciones de servicio, comprobados e injustificados, para los clientes que no han ejercido todavía el derecho de elección.» [11]

18. El órgano remitente italiano estima que este precepto proporciona «una cobertura normativa para el ejercicio de la potestad reguladora de la Autorità en materia del precio del gas después del 1 de julio de 2007».

11 — La redacción del artículo 1, apartado 3, del Decreto-ley era ligeramente diferente a la del mismo artículo de la Ley de convalidación, que introdujo la precisión de que la facultad de la Autorità es transitoria.

III. El litigio principal y la cuestión prejudicial

19. El 29 de marzo de 2007 la Autorità per l'energia elettrica e il gas dictó el acuerdo nº 79/07, relativo a la nueva determinación de las condiciones económicas de suministro de gas para el periodo comprendido entre el 1 de enero de 2005 y el 31 de marzo de 2007, fijando los criterios de actualización de las citadas condiciones económicas. Según el punto 1.3.1 de este acuerdo, las fórmulas de cálculo aprobadas para actualizar la contraprestación variable sobre la comercialización al por mayor se aplicarían hasta el 30 de junio de 2008; el punto 1.3.2 atribuía a la Autorità la posibilidad de comprobar que concurren las condiciones para la prórroga de esta facultad hasta el 30 de junio de 2009.

20. Federutility, Assogas, Libarna Gas spa, Collino Commerciospa, Sadori gas spa, Egea Commerciale, E.On Vendita srl y Sorgenia spa (empresas y asociaciones de empresas que actúan en el mercado italiano de gas natural) han interpuesto cinco recursos contra este acuerdo nº 79/07, y contra otras decisiones posteriores de la Autorità (acuerdos nº 80/07, 158/07, 242/07 y 346/07). [12]

21. Esgrimen como principal argumento una presunta violación de la Directiva 2003/55, en cuya virtud el sector del gas debía liberalizarse totalmente a partir del 1 de julio de 2007. Los recurrentes sostienen que, para garantizar a todos los clientes, desde esa fecha, la libre elección de suministrador, el precio de venta del gas ha de determinarse exclusivamente por el juego de la oferta y la demanda, sin intromisión de las autoridades públicas. Denuncian, por tanto, que los «precios de referencia» más allá del segundo trimestre de 2007 (que realiza el acuerdo nº 79/07) vulneran el derecho comunitario.

22. El Tribunale Amministrativo Regionale della Lombardia (Sala IV), que conoce de los citados recursos, ha entendido que la solución del litigio depende de la interpretación de la Directiva 2003/55 y ha remitido al Tribunal de Justicia, con arreglo al artículo 234 CE, las siguientes cuestiones prejudiciales:

«Si el artículo 23 de la Directiva 2003/55/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2003, sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural y por la que se deroga la Directiva 98/30/CE, debe interpretarse, de conformidad con los principios derivados del Tratado, en el sentido de que resulta contraria a la citada disposición y a los principios comunitarios una norma nacional (y los actos de ejecución consiguientes) que, tras el 1 de julio de 2007, reconozca todavía a la Autorità per l'energia elettrica e il gas la facultad de fijar precios de referencia de los suministros de gas natural a los clientes domésticos (categoría indeterminada y no definida en las franjas de referencia, que no implica, por sí misma, la valoración de situaciones particulares de dificultades socio-económicas que podrían justificar la fijación de dichos precios de referencia), que

12 — Recursos R.G. 1276/07, R.G. 1279/07, R.G. 1285/07, R.G. 1359/07 y R.G. 1490/07.

las empresas de distribución o vendedoras, en el marco de las obligaciones de servicio público, han de reflejar en sus ofertas comerciales,

o bien

si tal norma (artículo 23, antes citado) debe interpretarse, en relación con el artículo 3 de la Directiva 2003/55/CE (a cuyo tenor los Estados miembros pueden imponer a las compañías que operan en el sector del gas, en aras del interés económico general, obligaciones de servicio público, referidas en cuanto al precio de los suministros), en el sentido de que no vulnera el derecho comunitario citado, una norma nacional que, habida cuenta de la peculiar situación del mercado, todavía caracterizado por la falta de "competencia efectiva", cuando menos en el segmento de la comercialización al por mayor, admite la fijación por vía administrativa del precio de referencia del gas natural, que ha de incluirse preceptivamente entre las ofertas comerciales lanzadas por cada uno de los vendedores a sus clientes domésticos en el marco del concepto de servicio universal, aun cuando todos los clientes sean considerados "libres".»

IV. El procedimiento ante el Tribunal de Justicia

23. La petición prejudicial se registró en la Secretaría del Tribunal de Justicia el 20 de junio de 2008.

24. Han depositado observaciones escritas Federutility, Libarna Gas, Sorgenia y Assogas, así como la Comisión y los Gobiernos de Polonia, Estonia e Italia.

25. En un anexo a la convocatoria para la vista se preguntó a las partes del proceso principal y a la República Italiana si la obligación de hacer constar los «precios de referencia» de suministro del gas natural a los particulares en las ofertas comerciales significa que las empresas han de proponer y de aplicar dichos precios a sus clientes y que, en consecuencia, tienen prohibido contratar a condiciones tarifarias diferentes o bien si tales precios poseen un valor puramente indicativo. Igualmente, se les preguntó sobre el campo de aplicación de

esta obligación, requiriendo datos sobre si los clientes afectados son únicamente particulares, con exclusión de las personas morales. Federutility, Libarna Gas, Sorgenia y Assogas y el Gobierno italiano han respondido al Tribunal de Justicia a través de sendos documentos, fechados en el mes de julio de 2009.

26. En la vista, celebrada el 8 de septiembre de 2009, han comparecido para formular oralmente sus alegaciones los representantes de Federutility, Assogas, Libarna Gas, Sorgenia, de la Comisión y de los Gobiernos estonio e italiano.

V. Prolegómenos: la intervención tarifaria en un marco de competencia formal

A. *La falta de competencia real en el mercado del gas*

27. El proceso liberalizador del sector energético iniciado con las Directivas 96/92/CE [13] y 98/30 experimentó una notable aceleración con la aprobación de las Directivas 2003/54/CE [14] y 2003/55, que decidieron la apertura de los mercados eléctrico y gasista para todos los clientes no domésticos a partir del 1 de julio de 2004 y para todos los usuarios, sin distinción alguna, desde el 1 de julio de 2007. [15]

28. La realización de esta ambiciosa agenda correspondía a los Estados miembros. Los progresos han sido, sin embargo, muy desiguales. Así lo ha constatado la Comisión en la Comunicación al Consejo y al Parlamento Europeo de 10 de enero de 2007, [16] donde reconoce que, aunque «los conceptos básicos del mercado interior de la energía se han encarnado en el marco legal, las instituciones y la infraestructura física [...], no existe competencia significativa en muchos Estados miembros. A menudo los clientes no tienen la posibilidad real de optar por un suministrador alternativo» y, en general, no concurre todavía un alto grado de confianza en el mercado interior. [17]

13 — Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de diciembre de 1996, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad (DO L 27, p. 20).

14 — Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2003, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y por la que se deroga la Directiva 96/92 (DO L 176, p. 37).

15 — Artículos 21 de la Directiva 2003/54 y 23 de la Directiva 2003/55.

16 — Comunicación sobre las perspectivas del mercado interior del gas y de la electricidad [COM(2006) 841 final].

17 — Es más, como señala Peter D. Cameron, los beneficios de la liberalización de los mercados energéticos no han sido por ahora tan obvios como estaba previsto: el descenso de los precios no es un efecto ineludible de la liberalización, como tampoco el declive de la interferencia estatal; el poder comercial de las empresas ya implantadas se ha incrementado y la entrada de nuevos jugadores en los mercados de la electricidad y del gas ha asumido un cariz de «esperando a Godot» (Cameron, P., *Legal aspects of EU energy regulation. Implementing the New Directives on Electricity and Gas Across Europe,* Oxford University Press, 2005, p. 36).

29. Consciente del carácter incompleto del proceso liberalizador, la Comisión ha emprendido un «tercer paquete energético», destinado a paliar las insuficiencias de la normativa vigente. Incluye una propuesta de modificación de la Directiva 2003/55 que proyecta, por ejemplo, la separación real entre las actividades de producción y las de suministro y explotación de la red. [18]

30. La Comisión estima que la intervención en las tarifas del gas (también en las eléctricas) es una de las causas y, al mismo tiempo, una de las consecuencias de la actual falta de competencia del sector energético. Por un lado, entre las principales deficiencias observadas en la transposición de las recientes Directivas, la Comisión inserta los «precios regulados que impiden la entrada de nuevas empresas». [19] Por otro lado, añade que, con estas irregularidades, «las compañías históricas de gas y electricidad mantienen en gran proporción sus posiciones dominantes", lo que "ha llevado a muchos Estados miembros a conservar un control estricto de los precios del gas y la electricidad que pagan los usuarios finales. Desgraciadamente, se origina así, con frecuencia, una restricción grave a la competencia». [20]

31. La coexistencia de mercados energéticos abiertos con precios regulados resulta bastante común en los Estados miembros de la Unión; según confiesa la Comisión en su Informe de 15 de abril de 2008, [21] se da «en un tercio de los mercados del gas [...] y en más de la mitad de los mercados de la electricidad. En la mayoría de los Estados miembros en los que hay una regulación de los precios, no se circunscribe a los pequeños consumidores, sino que todos los segmentos de usuarios pueden obtener suministros a precios regulados».

32. La situación descrita coincide con la del sector gasista en Italia. Según ha manifestado el Gobierno de ese país en su escrito de observaciones, el mercado nacional del gas natural se singulariza por el papel preeminente de Eni, empresa que es al mismo tiempo monopolista de la importación del gas, propietaria de la mayor parte de la red de transporte, titular de una posición absolutamente dominante sobre la elaboración y principal vendedora al por mayor. Esta ausencia de competencia en el mercado mayorista ha posibilitado la subsistencia de los monopolios locales de venta al por menor, con asiduidad verticalmente integrados con los gestores de la red de distribución. En este

18 — Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 2003/55 [COM(2007) 529 final].

19 — Comunicación de 10 de enero de 2007, ya referenciada, apartado 1.3.

20 — Comunicación de 10 de enero de 2007, antes citada, apartado 1.4.

21 — Informe al Consejo y al Parlamento Europeo sobre los progresos realizados en la creación del mercado interior del gas y de la electricidad [COM(2008) 192 final].

contexto, la entrada de otros suministradores parece extremadamente complicada: en primer lugar, porque tendrían que comprar el gas a Eni, que les impondría las condiciones que le convinieran, reduciendo al mínimo sus eventuales márgenes de beneficio; y, en segundo lugar, por la dificultad de competir, en el ámbito local, con operadores verticalmente integrados.

B. *La regulación de los precios del suministro en un contexto de falta de competencia*

33. Estas circunstancias, unidas a una tendencia alcista del precio de los productos petrolíferos en los mercados internacionales, motivaron la actuación de las autoridades italianas aquí discutida. Para impedir que el aumento del coste de la materia prima recaiga negativamente en los usuarios, se decidió perpetuar la facultad de la Autorità per l'energia elettrica e il gas de fijar «precios de referencia» para el suministro de gas natural a los clientes domésticos aun después del 1 de julio de 2007, fecha en la que el mercado gasista italiano quedaba liberalizado de conformidad con las normas de transposición de la Directiva 2003/55.

34. Con arreglo al artículo 1, apartado 3, de la Ley italiana de 3 de agosto de 2007, la potestad controvertida se caracteriza así:

1) Define unos «precios de referencia» para el suministro de gas natural que las empresas deben incorporar «en sus propias ofertas comerciales, con la posibilidad de elegir entre planes de tarifas y franjas horarias diferenciadas».

Preguntadas las partes del proceso principal y el Gobierno italiano sobre el alcance de esta obligación, las primeras niegan en su respuesta que los citados «precios de referencia» tengan un carácter meramente indicativo. Alegan que, en la práctica, las empresas de gas natural no pueden proponer a sus clientes tarifas alternativas y más interesantes que las señaladas por la Autorità, cuyos «precios de referencia» se encuentran ya por debajo de la media europea. Si se le une el gran número de usuarios a los que las suministradoras han de ofrecer y aplicar estos precios protegidos, hay que interpretar, según las recurrentes del proceso principal, que la posibilidad de otras tarifas es puramente teórica. [22]

2) Los mencionados «precios de referencia» se calculan en función de «los costes

22 — Escritos de Federutility de 31 de julio de 2009, puntos 7 a 9; y Sorgenia, de 31 de julio de 2009, punto 1.

efectivos del servicio». De acuerdo con la información aportada en el expediente, las condiciones económicas fijadas por la Autorità derivan de la suma de cuatro factores: el precio de la distribución, el del transporte y almacenamiento, una cantidad variable correspondiente a la venta al detalle y otra atinente a los gastos de adquisición de la materia prima, comprendiendo los ligados a la compra del gas al por mayor. El debate del litigio gira en torno al cómputo de esta última partida, pues, frente al mercado mayorista, en el que el precio del gas sigue el curso de los productos petrolíferos, la tarifa para la venta al por menor está protegida por una «cláusula de salvaguardia», con lo que la Autorità evita repercutir todo el importe de la materia prima cuando sea muy elevado. De esta forma, los suministradores de gas deben facturar a sus clientes un precio en el que no conste todo lo pagado por la materia prima. Para impedir que el peso económico de la operación recaiga exclusivamente en estas empresas, la Autorità ha obligado a los mayoristas a renegociar los contratos de venta de gas. [23]

3) Por lo que respecta al ámbito de aplicación de estos «precios de referencia», el artículo 1, apartado 3, del Decreto-ley únicamente requiere que se propongan «a los clientes nacionales». El auto de remisión de la cuestión prejudicial califica esta categoría de usuarios como «indeterminada»; la Comisión, por el contrario, sugiere que «los precios de referencia se aplican a las familias y a los hogares ubicados en edificios dotados de calefacción central, con un consumo anual inferior a 200 000 metros cúbicos».

Con mayor precisión, las respuestas de las partes del proceso principal y del Gobierno italiano emitidas al término del mes de julio de 2009 y las manifestaciones orales en la vista aclaran que la obligación de mantener los «precios de referencia» afecta a dos categorías de usuarios:

a) los clientes finales que, siendo ya cualificados antes del 1 de enero de 2003 (por tener un consumo anual de gas superior a 200 000 metros cúbicos o por otras razones), todavía no hayan celebrado un nuevo contrato de suministro de gas;

b) los clientes finales con un consumo anual inferior a los citados 200 000 metros cúbicos.

23 — En este sentido, el escrito de observaciones de Sorgenia, pp. 5 y 6.

Las recurrentes en el proceso principal adujeron en la vista y en sus documentos del mes de julio de 2009 que ambas categorías de clientes finales comprenden tanto a particulares como a empresas, sin exclusión de las personas jurídicas. [24] Traen a colación la decisión de la Autorità nº 64/09, cuyo artículo 4 extendió los precios protegidos a las comunidades de propietarios, aunque el titular del punto de distribución sea una persona jurídica que asume las funciones de administrador de la copropiedad. Sin embargo, el artículo 5 de esta decisión nº 64/09 destaca que los clientes finales que no hayan estipulado nuevos contratos y que no sean particulares continúan beneficiándose del régimen de protección hasta el 30 de septiembre de 2009 o hasta el 30 de septiembre de 2010, si su consumo anual no excede de 200 000 metros cúbicos.

El Gobierno italiano propugna, por el contrario, que el sistema de «precios de referencia» rija exclusivamente para los particulares.

4) El Decreto-ley, en su versión convalidada por el Parlamento italiano, atribuye a la potestad tarifaria de la Autorità carácter transitorio, modificando así la redacción original del Decreto-ley, que guardaba silencio sobre este aspecto.

Las empresas recurrentes alegaron en la vista que el mencionado carácter transitorio de la facultad tarifaria no es suficiente, pues en ningún momento se ha fijado un plazo máximo para su ejercicio. En este sentido, aludieron a la reciente Ley nº 99, de 23 de julio de 2009, que, en su opinión, otorga a la Autorità una potestad regulatoria general y sin limitación temporal alguna.

5) Por último, el legislador italiano añade que la definición de los «precios de referencia» se efectúa «en el ámbito de las obligaciones de servicio público», y con la finalidad de «garantizar el cumplimiento de las disposiciones comunitarias en materia de servicio universal».

35. El Tribunale Amministrativo Regionale della Lombardia pregunta al Tribunal de Justicia si una intervención pública de semejante cariz, en un mercado liberalizado como el del gas, pero con déficit de competencia real, infringe el artículo 23 de la Directiva 2003/55 o si puede ampararse en su artículo 3. Procede, por tanto, analizar ambos preceptos.

24 — Escritos de Federutility de 31 de julio de 2009, puntos 12 y 13; y Sorgenia, de 31 de julio de 2009, punto 2.

VI. Análisis de la cuestión prejudicial

A. *El artículo 23 y la liberalización de los precios*

36. La creación de un mercado interior del gas natural, objetivo prioritario de la Directiva 2003/55, exige llevar a cabo una total liberalización.

37. El legislador comunitario comprendió rápidamente que la apertura debía emprenderse gradualmente. El punto de partida eran mercados fuertemente regulados, estrictamente nacionales y, con frecuencia, monopolísticos. [25] El reto consistía en convertirlos en un único mercado europeo completamente libre, en el que todos los usuarios pudiesen comprar el gas al vendedor de su elección. La Directiva 98/30 constituyó un paso tímido y preliminar, al que siguió el artículo 23 de la Directiva 2003/55, que anuncia un calendario progresivo hasta garantizar a todos los clientes, comprendidos los domésticos, el estatuto de cualificados. [26]

38. La fecha tope para alcanzar esta meta era el 1 de julio de 2007. Su consecución requería la eliminación de las barreras que obstaculizaran la competencia en el mercado del gas, entre las que se incluyen las intervenciones tarifarias, siempre que desincentiven la inversión. El artículo 3, apartado 1, de la Directiva compromete a los Estados miembros a «velar por que las compañías de gas natural obren con arreglo a los principios de la Directiva, con miras a la realización de un mercado competitivo del gas natural seguro y sostenible para el medio ambiente».

39. A tenor de la Directiva, y del claro afán liberalizador que la anima, parece difícil sostener, como hace el Gobierno de Polonia en su escrito de observaciones, que la determinación de los precios por el simple juego de la oferta y de la demanda no sea una condición indispensable para asegurar el derecho a escoger el suministrador que más le convenga. En realidad, ni el artículo 23 ni ningún otro precepto de la Directiva imponen expresamente a los Estados miembros la obligación de dejar la formación de los precios del suministro a ese libre juego del mercado, sin que nada impida discutir, en teoría, si se trata de una medida siempre beneficiosa para el consumidor.

40. Resulta significativo, sin embargo, que el legislador comunitario prevea que las autoridades reguladoras aprueben las tarifas para el transporte y la distribución del gas (artículo 25, apartado 2, de la Directiva), y que, a su vez, contemple como simple facultad excepcional, en el marco de las obligaciones de

25 — No pocas veces con monopolios de propiedad pública.

26 — En el sentido del artículo 2 de la Directiva.

servicio público, la fijación de precios para el suministro (artículo 3, apartado 2).

B. *El artículo 3 y las obligaciones de servicio público*

41. La liberalización del mercado no excluye, por tanto, todo tipo de intervención en el precio de venta del gas. El citado artículo 3 de la Directiva abre varias vías para legitimar la actuación de los Estados miembros en este ámbito.

42. En primer lugar, el artículo 3, apartado 2, les autoriza a «imponer a las compañías que operan en el sector del gas, en aras del interés económico general, obligaciones de servicio público», en relación con el precio de los suministros. Y, en segundo lugar, el artículo 3, apartado 3, confía en que los Estados miembros adopten las medidas oportunas para proteger a los clientes finales y, en particular, a los clientes vulnerables, garantizando un nivel elevado de defensa del consumidor.

43. Ambos apartados reflejan el objetivo plural de la Directiva 2003/55: la instauración de un mercado interior del gas como medio para salvaguardar los intereses de las empresas y, simultáneamente, de los consumidores. Liberalización, pero no a cualquier precio, por lo que se requiere un cierto grado de regulación, cuando el mercado no funcione adecuadamente. Las obligaciones de servicio público se erigen en instrumento para estructurar esa intervención pública excepcional, aun después de la fecha tope del 1 de julio de 2007.

44. En el momento de aprobar el segundo paquete energético, la fórmula ya había sido ampliamente probada. Una vez eliminados los monopolios públicos [27] en el sector, sometido a las reglas del mercado, todavía quedaba asegurar ciertas necesidades de interés general. Con esta finalidad, el legislador comunitario contempló la posibilidad de exigir obligaciones de servicio público y de servicio universal ya en los primeros sectores liberalizados, como el postal, el de los transportes o el de las telecomunicaciones. El Tribunal de Justicia ha tratado con especial atención estos mecanismos derogatorios, especialmente en relación con su financiación, declarando que no implican ayudas de Estado [28] las subvenciones que se paguen como «compensación» por las obligaciones de servicio público y que no vulneran el Tratado, si cumplen determinadas condiciones. [29]

27 — Que, como escribe Jones, C.W., *EU Energy Law, Volume I, The Internal Energy Market*, Second Edition, Leuven: Caléis & Castells, 2006, p. 223, «se presumía que actuaban siempre en interés público».

28 — En el sentido del artículo 87 CE, apartado 1.

29 — Sentencia de 24 de julio de 2003, Altmark (C-280/00, Rec. p. I-7747), apartados 84 a 95. La sentencia de 27 de noviembre de 2003, Enirisorse (C-34/01 a C-38/01, Rec. p. I-14243), aplicó las condiciones enunciadas en la decisión anterior a un asunto en el que se discutía la naturaleza de una tasa portuaria parcialmente percibida por una empresa pública. Con anterioridad a Altmark, la sentencia de 22 de noviembre de 2001, Ferring (C-53/00, Rec. p. I-9067), ya había precisado los elementos indispensables para que una exención fiscal de la que disfrutan empresas gestoras de servicios públicos sea compatible con el Tratado.

45. El artículo 3, apartado 2, de la Directiva 2003/55 incorpora la figura dentro del catálogo de instrumentos para la organización del sector del gas, permitiendo a los Estados miembros gravar a las empresas gasistas con ciertas cargas, siempre que sea imprescindible para preservar un «interés económico general» cuyo alcance no define concretamente. [30]

46. La indeterminación de la Directiva revela el amplio margen de maniobra que el legislador comunitario ha otorgado a los Estados miembros. Así lo confirma el considerando vigésimo séptimo, que alude al establecimiento de unas «normas mínimas comunes» sobre el cumplimiento de los requisitos de servicio público, un núcleo duro que pondera «los objetivos de protección de los consumidores, la seguridad del suministro, la protección del medio ambiente y unos niveles equivalentes de competencia en todos los Estados miembros», interpretados a la luz de las particularidades de cada país, «teniendo en cuenta las circunstancias nacionales y dentro del respeto del derecho comunitario».

47. Mas la libertad de los Estados miembros en esta materia no es absoluta, pues el artículo 3, apartado 6, de la Directiva prevé un control de «todas las medidas adoptadas para cumplir las obligaciones de servicio público, incluidos los objetivos de protección del consumidor y del medio ambiente, así como de sus posibles efectos en la competencia nacional e internacional», que han de comunicarse a la Comisión en el momento de transposición de la norma. Después, los Estados han de informar cada dos años de todos los cambios introducidos. [31]

30 — La Directiva se limita a señalar que las obligaciones de servicio público se crean en aras de dicho interés, pudiendo «referirse a la seguridad, incluida la seguridad del suministro, a la regularidad, a la calidad y al precio de los suministros, así como a la protección del medio ambiente, incluida la eficiencia energética y la protección del clima». No ha faltado quien ha calificado este elenco de *numerus clausus* de causas «de interés económico general» susceptibles de legitimar la actuación estatal (Geldhof, W., y Vandendriessche, F., «Chapter 1: European Electricity and Gas Market Liberalisation. Background, Statuos, Developments», *ELI Energy Law and Policy Issues,* Ed. por Delvaux, B., Hunt, M. y Talus, K., Euroconfidentiel, p. 48, que a su vez citan a Jones, C.W., *op. cit.*, p. 230). A mi juicio, sin embargo, el precepto detalla los tipos de acciones en que cabe materializar las mencionadas obligaciones de servicio público, y no una lista de las circunstancias que deben motivarlas, aunque ambos aspectos se hallen fuertemente relacionados. Del artículo 3, apartado 2, de la Directiva se deduce que los Estados miembros pueden crear obligaciones de servicio público relativas al precio de venta del gas, pero esa simple mención no resulta suficiente. En cada caso, hay que comprobar si se está ante una misión de interés económico general.

31 — La Comisión ha tratado de precisar las exigencias de la Directiva en una nota no vinculante, que aplica en parte al llevar a cabo el control *ex ante* de las obligaciones de servicio público notificadas por los Estados miembros («Note de la DG Energie et Transports sur les Directives 2003/54/CE et 2003/55/CE du marché interieur de l'électricité et du gaz natural. Document n'engageant pas la Commission», disponible en http://ec.europa.eu/energy/electricity/legislation/doc/notes_for_implementation_2004/public_service_obligations_fr.pdf). Pretendiendo reforzar su posición en esta actividad de comprobación, el tercer paquete energético preconiza que la Comisión apruebe directrices para la ejecución del artículo 3 de la Directiva (artículo 3, apartado 4, de la propuesta de Directiva por la que se modifica la Directiva 2003/55, antes citada, que introduce un nuevo apartado 7 en el artículo 3 de la Directiva 2003/55).

48. Además, la propia Directiva traza ya unas pautas bastante estrictas para la imposición de obligaciones de servicio público, que deben:

— responder al «interés económico general»;

— desarrollarse «dentro del pleno respeto de las disposiciones del Tratado y, en particular, de su artículo 86»;

— definirse claramente, ser transparentes y susceptibles de control;

— no generar discriminación; y

— garantizar a las empresas de gas de la Unión Europea el acceso, en igualdad de condiciones, a los consumidores nacionales.

49. La viabilidad de la potestad tarifaria de la Autorità per l'energia elettrica e il gas, discutida en el caso de autos, depende del respeto de estas pautas, que se han de verificar por el juez nacional según la interpretación de la Directiva por el Tribunal de Justicia. [32]

50. Conviene, pues, detenerse tanto en la exigencia de un «interés económico general» (C), acatando el Tratado y, en especial, su artículo 86 (D), como en el carácter no discriminatorio (E).

C. *La necesidad de precios razonables como causa de «interés económico general»*

51. La concurrencia de un «interés económico general» para justificar las obligaciones de servicio público representa el primer aspecto controvertido en este asunto.

52. Como acertadamente aduce la Comisión en su escrito de observaciones, [33] la doble referencia del artículo 3, apartado 2, de la

32 — Conforme al artículo 3, apartado 6, de la Directiva, estas medidas se han de notificar a la Comisión, lo que hizo el Gobierno italiano tras ser requerido al efecto (escrito de observaciones de la Comisión, punto 42).

33 — Punto 38.

Directiva al artículo 86 CE y al «interés económico general» significa que las obligaciones allí contempladas se corresponden con las de las empresas encargadas de «servicios de interés económico general» en el sentido del citado artículo del Tratado. [34]

53. El Tribunal de Justicia ha declarado de interés económico general un nutrido y variado grupo de servicios, como la distribución de agua, [35] de gas [36] y de electricidad, [37] la recogida y el reparto del correo en la totalidad del territorio nacional, [38] la gestión de las líneas aéreas no rentables, [39] el transporte en ambulancia [40] o la actividad de los mayoristas farmacéuticos, [41] por mencionar sólo algunos ejemplos. Es difícil extraer de estas decisiones [42] un concepto unívoco y preciso. La Directiva, el Tratado y la jurisprudencia se inspiran en la misma idea de equilibrio entre el mercado y la regulación, entre la competencia y las implicaciones del interés general, coincidiendo también, a mi juicio, en que incumbe a los Estados miembros definir los servicios de interés económico general que desean preservar, sin perjuicio de la facultad de las Instituciones comunitarias (en especial, del Tribunal de Justicia) para controlar tales decisiones e impedir los excesos. [43]

54. Si se intentara buscar algún elemento común, cabría recordar las célebres leyes de Rolland, que indirectamente evocan las sentencias Corbeau [44] y Almelo y otros [45] al exponer

34 — La expresión «servicios de interés económico general» alude a servicios de naturaleza económica que un Estado miembro sujeta a obligaciones en atención a un cierto interés general (Szyszczak, E., *The Regulation of the State in Competitive Markets in the EU*, Ed. Hart, 2007, p. 211). La formulación del artículo 3, apartado 2, de la Directiva procede, en palabras de Laget-Annamayer, del cruce «entre el concepto francés de servicio público y la noción comunitaria de "servicio de interés económico general"» (Laget-Annamayer, A., *La régulation des services publics en réseaux. Télécommunications et électricité, Ed.* Bruylant, Bruselas, 2002, p. 98).

35 — Sentencia de 8 de noviembre de 1983, IAZ y otros (96/82 a 102/82, 104/82, 105/82, 108/82 y 110/82, Rec. p. 3369).

36 — Sentencia de 23 de octubre de 1997, Comisión/Francia (C-159/94, Rec. p. I-5815).

37 — Sentencia de 27 de abril de 1994, Almelo y otros (C-393/92, Rec. p. I-1477).

38 — Sentencias de de 19 de mayo de 1993, Corbeau (C-320/91, Rec. p. I-2533); de 10 de febrero de 2000, Deutsche Post (C-147/97, Rec. p. I-825); y de 17 de mayo de 2001, TNT Traco (C-340/99, Rec. p. I-4109).

39 — Sentencia de 11 de abril de 1989, Ahmed Saeed Flugreisen y Silver Line Reisebüro (66/86, Rec. p. 803).

40 — Sentencia de 25 de octubre de 2001, Ambulanz Glöckner (C-475/99, Rec. p. I-8089).

41 — Sentencia Ferring, ya citada.

42 — Todas referidas, por lo demás, a empresas con derechos exclusivos y especiales, no a entidades que operan en sectores liberalizados ni a las que se imponen obligaciones de servicio público. Su aplicación a este caso debe basarse, por tanto, en este peculiar contexto, por el momento sin reflejo en la jurisprudencia.

43 — Esta concepción subyace también en el artículo 16 CE, en cuya virtud «sin perjuicio de los artículo 73, 86 y 87, y a la vista del lugar que los servicios de interés económico general ocupan entre los valores comunes de la Unión, así como de su papel en la promoción de la cohesión social y territorial, la Comunidad y los Estados miembros, con arreglo a sus competencias respectivas y en el ámbito de aplicación del presente Tratado, han de velar por que dichos servicios se conformen a principios y a condiciones que les permitan cumplir su cometido». El precepto se incluyó en Ámsterdam, en pleno proceso de liberalización de sectores estratégicos, como resultado «de una honda preocupación en algunos ámbitos sociales por la deriva liberal adoptada desde el escalón europeo» (Sarmiento, D., «La recepción en el derecho de la Unión Europea y en su jurisprudencia de las técnicas de regulación económica», *Derecho de la regulación económica. I. Fundamentos e instituciones de la regulación,* dir. Muñoz Machado, S., y Esteve Pardo, J., Ed. Iustel, Fundación Ortega y Gasset, 2009, p. 259).

44 — Antes citada, apartado 15.

45 — Ya referenciada, apartado 48. En la misma línea, sentencia de 23 de octubre de 1997, Comisión/Francia (C-159/94, Rec. p. I-5815), apartado 57.

las circunstancias en las que se prestan los servicios de interés económico general: de forma ininterrumpida (continuidad); en beneficio de todos los usuarios y en la integridad del territorio pertinente (universalidad); a unas tarifas uniformes y con calidad similar, sin estimar las situaciones particulares ni el grado de rentabilidad económica de cada operación individual (igualdad).

D. *El test de proporcionalidad y el respeto a los intereses comunitarios*

55. Continuidad, universalidad e igualdad. A estas clásicas reglas se suelen añadir hoy la transparencia y el carácter económicamente asequible del servicio. Así, la Directiva 2003/55 procura la continuidad, la universalidad y la no discriminación en la actividad de abastecimiento de gas, [46] pero persigue también salvaguardar el derecho de los clientes «al suministro de gas natural de una calidad determinada a precios razonables» (considerando vigésimo sexto). De ahí la posibilidad de intervenir el precio de los suministros que contempla el artículo 3, apartado 2, de la Directiva.

56. Con estos antecedentes, cabe deducir que la finalidad de evitar aumentos indeseados y desproporcionados de los precios que perjudiquen a los consumidores constituye una causa de «interés económico general» que, si concurrieran las restantes condiciones de la Directiva, legitimaría una intervención pública en las tarifas de suministro del gas natural.

57. La segunda pauta se centra en el pleno respeto del Tratado y, singularmente, de su artículo 86.

58. De gran relevancia resulta el apartado 2 del reiterado artículo 86 CE, que pretende, como ha reseñado la jurisprudencia, «conciliar el interés de los Estados miembros en utilizar algunas empresas del sector público como instrumento de política económica o fiscal con el interés de la Comunidad en la observancia de las normas sobre la competencia y en el mantenimiento de la unidad del mercado común». [47]

59. De conformidad con el precepto, «las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general» se

46 — El elenco de obligaciones contempladas en el artículo 3, apartado 2, y la posibilidad de designar un «suministrador de último recurso» (artículo 3, apartado 3) lo acreditan.

47 — Sentencia de 19 de marzo de 1991, Francia/Comisión (C-202/88, Rec. p. I-1223), apartado 12.

someten al Tratado y a su régimen sobre competencia, siempre que su aplicación no impida, de hecho o de derecho, la realización del cometido que se les confía; y, de cualquier manera, el desarrollo de los intercambios no debe verse afectado en contra del interés de la Comunidad.

60. En el supuesto que ahora se dirime conviene analizar: en primer lugar, si la intervención de las tarifas de suministro del gas representa una medida indispensable para garantizar «precios razonables» (el llamado control de proporcionalidad); y, en segundo lugar, si esa opción vulnera «el interés de la Comunidad».

1. El test de proporcionalidad

61. El inciso del precepto antes mencionado en cuya virtud la excepción a las reglas del mercado no ha de impedir, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la labor de interés económico general, introduce en el debate el llamado «test de proporcionalidad», verdadera clave del artículo 86 CE, apartado 2, pues facilita modular su uso.

a) La jurisprudencia

62. La sentencia Sacchi despertó una creciente expectación por este artículo, dejando en manos de los Estados la prueba de que la libre competencia obstaculizaría sin remedio la función asignada a la entidad de que se trata. [48] Después, la sentencia Höfner concretó que el Tratado no obsta a la tarea atribuida a una oficina pública de colocación, «cuando no está preparada para satisfacer la demanda del mercado a este respecto» y tolera que otras sociedades actúen en menoscabo de su monopolio. [49]

63. Pero hasta la sentencia Corbeau, antes citada, el principio de proporcionalidad no aparece en el razonamiento del Tribunal de Justicia. En Corbeau, y más tarde en Almelo y otros, también referenciada, se declararon admisibles las excepciones a las reglas del mercado necesarias para asegurar el «equilibrio económico» del servicio, según el peso relativo de las actividades rentables y el de las que no lo son.

64. Posteriormente, tres decisiones relativas a los derechos exclusivos para la importación

48 — Sentencia de 30 de abril de 1974 (155/73, Rec. p. 409). En el mismo sentido, sentencia Ahmed Saeed Flugreisen y Silver Line Reisebüro, antes citada.

49 — Sentencia de 23 de abril de 1991, Höfner y Elser (C-41/90, Rec. p. I-1979), apartado 25.

y exportación de energía conferidos en los Países Bajos, Italia y Francia [50] agregaron detalles adicionales. Por un lado, aludieron a la proporcionalidad en el marco del artículo 86 CE, permitiendo invocar su apartado 2 «para justificar la concesión por un Estado miembro a una empresa encargada de la gestión de servicios de interés económico general, de derechos exclusivos […], siempre que el cumplimiento de la tarea que se le confía se avale con la concesión de tales derechos y siempre que con el desarrollo de los intercambios no quede afectado en contra del interés de la Comunidad». [51] Por otro lado, añadieron que, para eludir las normas del Tratado, basta con que imposibiliten, «de hecho o de derecho, el respeto de las obligaciones específicas de la empresa. No es imprescindible que la supervivencia de la empresa esté amenazada» [52] y, aunque la carga de la prueba recae en el Estado miembro afectado, no puede exigírsele demostrar «que, en términos hipotéticos, ninguna otra medida imaginable respaldaría dichas tareas en las mismas condiciones». [53]

65. De la jurisprudencia se deduce que sólo cabe derogar las reglas de la competencia *ex* artículo 86 CE, cuando sea indispensable para el desempeño de la tarea de interés general en liza, incumbiendo la valoración de tales circunstancias a los Estados miembros, según su política nacional y dentro del respeto al Tratado.

b) Su aplicación al caso controvertido

66. El Gobierno italiano optó, mediante Decreto-ley, encomendar a su autoridad nacional de regulación una facultad de intervención en las tarifas de suministro del gas natural, alegando la falta de competencia real en el mercado nacional del gas y la tendencia alcista del precio de los productos petrolíferos en los mercados internacionales.

67. A mi juicio, una coyuntura como la descrita podría eventualmente obstaculizar la consecución del «interés económico general» consistente en garantizar el abastecimiento de gas a precios razonables, legitimando la intromisión del Estado en el libre juego de las reglas del mercado.

68. La Comisión, en su Comunicación de 10 de enero de 2007, ya aludida, reconoce

50 — Sentencias de 23 de octubre de 1997, Comisión/Países Bajos (C-157/94, Rec. p. I-5699), Comisión/Italia (C-158/94, Rec. p. I-5789) y Comisión/Francia (C-159/94, Rec. p. I-5815). Un cuarto recurso de incumplimiento contra España se desestimó [sentencia de 23 de octubre de 1997, Comisión/España (C-160/94, Rec. p. I-5851)].

51 — Sentencias Comisión/Países Bajos, antes reseñada, apartado 32; Comisión/Italia, ya citada, apartado 43; y Comisión/Francia, también citada, apartado 49.

52 — Sentencias Comisión/Países Bajos, apartado 43; y Comisión/Francia, apartado 59, ambas reseñadas. También sentencias TNT Traco, antes citada, apartado 54; y de 15 de noviembre de 2007, International Mail Spain (C-162/06, Rec. p. I-9911), apartado 35.

53 — Sentencias Comisión/Países Bajos, antes citada, apartado 58; Comisión/Italia, antes citada, apartado 54; y Comisión/Francia, antes citada, apartado 101.

que «la experiencia hasta la fecha ha demostrado que los precios de la energía al por mayor sufren una variabilidad considerable, lo que suscita el dilema de si los clientes finales, incluidos los más vulnerables, deben estar expuestos a estas fluctuaciones». Con esta preocupación, añade que, «aunque los controles de precios impiden dar señales adecuadas a los clientes con respecto a los costes futuros, una reglamentación enfocada de manera precisa puede ser ineludible para proteger a los consumidores en circunstancias concretas, por ejemplo, en el periodo de transición hacia una competencia efectiva». Ahora bien, «esos controles deben ser equilibrados, de manera que no impidan la apertura del mercado, no creen discriminaciones entre suministradores de energía comunitarios, no refuercen el falseamiento de la competencia ni restrinjan la venta». [54]

69. Así pues, la intervención ha de guardar proporcionalidad con el objetivo perseguido, lo que supone, de conformidad con la jurisprudencia, que no ha de exceder de lo indispensable para lograr el pertinente propósito «de interés económico general»: en el presente caso, la moderación de los precios. Para llevar a cabo el mencionado test de proporcionalidad, se utilizan como guía los siguientes criterios, derivados de la jurisprudencia comentada:

54 — Apartado 2.6.2.

i) Transitoriedad y adaptabilidad

70. La temporalidad de la medida es, en mi opinión, la primera y principal consecuencia del principio de proporcionalidad, pues la excepción a las reglas del mercado interior pierde su coartada si cambia la situación: así, si se incorporan competidores al mercado mayorista o si se estabilizan los precios. Una eventual potestad tarifaria con vigencia indeterminada infringiría, por tanto, esa regla, [55] pero no se requiere fijar una fecha para la caducidad de la facultad de intervención. Además, su adaptabilidad a un nuevo contexto y su actualización periódica [56] constituyen aspectos que han de valorarse positivamente.

ii) Contenido

71. En segundo lugar, debe ponderarse el contenido de la actuación enjuiciada. Así, si se quiere evitar que la cantidad que paga el consumidor final de gas natural aumente excesivamente por la elevación del coste del petróleo, la intervención pública ha de ceñirse a

55 — Aquí radica probablemente la razón de que, en el trámite parlamentario de convalidación, se subrayara el carácter transitorio de la facultad de la Autorità.

56 — Según el Gobierno italiano, se practica trimestralmente (punto 60 del escrito de observaciones).

ese componente del precio de venta relativo a la materia prima. [57]

iii) Destinatarios

72. En tercer lugar, la proporcionalidad obliga a restringir los destinatarios de la decisión estatal. Las tarifas preceptivas para usuarios comerciales (que no sean familias o «clientes domésticos») sobrepasarían el objetivo de defensa de los consumidores que, en última instancia, da cobertura a la intromisión pública en el mercado. En el asunto de autos, conduciría a constatar si la categoría de «clientes nacionales» que menciona el Decreto-ley reúne ese carácter. Las recurrentes en el proceso principal y el Gobierno italiano manifestaron en la vista sus divergencias en este extremo. Corresponde al juez nacional determinar si, según la normativa italiana y, sobre todo, la decisión nº 64/09 de la Autorità, la protección tarifaria se aplica a empresas; si resuelve afirmativamente, habría que entender que esa intervención es desproporcionada y, por tanto, contraria al derecho comunitario.

73. Federutility, Assogas y Libarna critican también la extensión de los «precios de referencia» por encima de la categoría de «clientes vulnerables» del artículo 3, apartado 3, de la Directiva. El precepto encierra una especial inquietud por ese grupo de personas (después, menciona a los que residan en zonas periféricas), pero dentro de un compromiso general de tutela de los consumidores. Por tanto, ni de ese apartado 3 ni del precedente apartado 2 se deduce que las obligaciones de servicio público hayan de fundarse siempre en la solidaridad social.

iv) Comparación con otros instrumentos

74. En cuarto lugar, habría que escoger, entre todas las soluciones posibles, la menos lesiva para la libre competencia. La jurisprudencia ha conferido un amplio margen de maniobra en esta materia a los Estados miembros, a los que no cabe exigir la *probatio diabolica* de que «ninguna otra medida imaginable garantizaría la realización de tales tareas en las mismas condiciones». [58] Así, la sentencia Albany [59] descartó que las autoridades se inclinaran por la solución menos restrictiva de la competencia.

57 — La Comisión (punto 56), sostiene que así ocurre en Italia, extremo que, como los demás, ha de comprobar el juez nacional.

58 — Sentencias Comisión/Países Bajos, ya citada, apartado 58; Comisión/Italia, también citada, apartado 54; y Comisión/Francia, igualmente citada, apartado 101.

59 — Sentencia de 21 de septiembre de 1999 (C-67/96, Rec. p. I-5751), apartados 99 y 104.

75. Federutility entiende que el Estado italiano protege la calidad y el precio del suministro (además de su seguridad y su regularidad) mediante la designación de un suministrador de último recurso. Incumbe al juez italiano verificar si la intervención tarifaria y el servicio universal (previsto en el artículo 3, apartado 3, de la Directiva) confluyen en un mismo objetivo o se orientan a fines distintos y complementarios.

76. El «benchmarking» de la Comisión al amparo del artículo 3, apartado 6, de la Directiva podría utilizarse para un control de este tipo, comparando lo implementado en los diferentes Estados miembros. Este tipo de cotejo, sin embargo, se ha de hacer con la máxima cautela, pues la propia Directiva ordena «que los requisitos de servicio público se interpreten en el ámbito estatal, valorando las circunstancias nacionales y dentro del respeto del derecho comunitario» (considerando vigésimo séptimo).

2. La vulneración del «interés de la Comunidad»

77. Sin perjuicio del descrito test de proporcionalidad, el artículo 86 CE, apartado 2, vela por que la medida adoptada no afecte de tal modo a los intercambios «que contraríe el interés de la Comunidad».

78. En las tres sentencias de 23 de octubre de 1997 antes citadas, [60] el Tribunal de Justicia encomendó a la Comisión definir ese interés. Pero, como advierte el abogado general Léger en sus conclusiones del asunto Wouters y otros, [61] esos pronunciamientos se explicarían por las normas que regulan la carga de la prueba en los procedimientos por incumplimiento. Coincido con mi antiguo colega en que apreciar un perjuicio para los intercambios intracomunitarios en el sentido del mencionado artículo 86 CE, apartado 2, supone —de manera opuesta concepto clásico de medida de efecto equivalente a una restricción cuantitativa— la prueba de que la actuación controvertida ha perturbado sustancialmente el funcionamiento del mercado interior.

79. En el caso de autos, el tribunal italiano ha de dilucidar si la intervención de la Autorità en los precios ha provocado esa perturbación. En su auto de remisión de la cuestión prejudicial, vislumbra la incidencia negativa del «mantenimiento de una normativa dirigida a contener el costo de materia prima»

60 — Sentencias Comisión/Países Bajos, antes citada, apartado 69; Comisión/Italia, antes citada, apartado 65; y Comisión/Francia, antes citada, apartado 113.

61 — Conclusiones de 10 de julio de 2001 [sentencia de 19 de febrero de 2002 (C-309/99, Rec. p. I-1577)].

en el derecho de elección del suministrador que protege la Directiva. También ha de comprobar si se ha producido un daño real y si, como se ha denunciado, [62] impide la apertura del mercado.

E. *Carácter no discriminatorio de las obligaciones de servicio público*

80. De conformidad con el artículo 3, apartado 2, de la Directiva, las obligaciones de servicio público dirigidas a las compañías gasistas no han de generar discriminación.

81. Esta precisión del precepto persigue que las aludidas obligaciones vinculen por igual a todos los operadores del sector, para evitar un agravamiento de la ausencia de competencia.

82. Vulneraría la Directiva, por ejemplo, introducir «precios de referencia» únicamente para el operador dominante, con la ventaja competitiva adicional que engendraría. Esta circunstancia —y la vigencia indeterminada de la medida— condujo al Conseil constitutionnel francés a calificar de inconstitucional una norma legal que sujetaba a los «operadores históricos» a tarifas obligatorias para el abastecimiento de electricidad y de gas natural. [63]

83. Ahora bien, una aplicación general e indiferenciada tampoco asegura el principio de igualdad. La empresa Assogas añade que las decisiones de la Autorità originan una disparidad de trato entre los suministradores de gas que ejercen, al mismo tiempo, como mayoristas y los que no lo hacen, pues, estando ambos constreñidos a acotar los precios mínimos «de referencia», nada impediría a los primeros resarcirse del exceso de coste de la materia prima en las ventas a los segundos. Del expediente se desprende que la Autorità ha intentado mitigar este perjuicio para los minoristas, apremiando a una renegociación de los contratos de venta al por mayor. [64] Assogas sugiere que la tesitura expuesta no bastaría, ya que la Autorità no puede inmiscuirse en las relaciones de derecho privado. El tribunal remitente debe, pues, indagar si ha habido una discriminación que haya ocasionado un menoscabo real a ciertos detallistas de gas natural.

62 — Escrito de observaciones de Federutility, punto 62.

63 — Decisión nº 2006-543, de 30 de noviembre de 2006. El Conseil constitutionnel declaró manifiestamente incompatibles con los objetivos liberalizadores de las Directivas comunitarias las mencionadas tarifas para los operadores históricos, sin justificación alguna en el servicio público. En relación con esta decisión, Schoettl, E., «Les problèmes constitutionnels soulevés par la loi relative au secteur de l'énergie», *Petites affiches*, 395e année (2006), nº 244, pp. 3 a 23.

64 — Escrito de observaciones de Sorgenia, p. 6. Se trata de medidas de incentivo económico a la renegociación, que fueron introducidas por la decisión nº 79/07 de la Autorità, recogida en los puntos 22 y 23 del escrito de observaciones del Gobierno italiano.

F. *Sobre el juego del artículo 3, apartado 3, de la Directiva en el presente caso*

84. Mientras que en el apartado 2 del artículo 3 de la Directiva se contempla la creación de obligaciones de servicio público como una simple facultad de los Estados «en aras del interés general», en el apartado 3 los Estados asumen un compromiso genérico de «adoptar las medidas oportunas para proteger a los clientes finales y para garantizar un nivel elevado de protección del consumidor».

85. La posibilidad de someter este asunto a dicho apartado 3 se evoca en algunos escritos de los que han presentado observaciones en este proceso prejudicial, descartándola de manera más o menos acertada.

86. Algunas de las demandantes en el proceso principal aducen que las decisiones litigiosas no se legitiman en el marco de ese apartado 3, por extenderse a todo tipo de usuarios y no sólo a los «vulnerables». Este argumento está ayuno de fundamento, pues el precepto no se ciñe a tales personas, aunque las menciona expresamente para procurarles una tutela especial.

87. Comparto con la Comisión la tesis de que las resoluciones que los Gobiernos nacionales han de aprobar en atención al artículo 3, apartado 3, de la Directiva «no se refieren directamente a la fijación de obligaciones tarifarias, pues hay una regla más específica en el apartado 2».

88. Sólo indirectamente, el apartado 3 alude a disposiciones que afectan a los precios del suministro de gas, al incorporar en su anexo A, al que se remite, la necesidad de informar a los consumidores de su derecho «a que se les suministre gas natural de una calidad determinada a precios razonables» [letra g)].

89. La intervención en el precio del suministro es, por tanto, una mera licencia, que se rige por el apartado 2, y no por el apartado 3.

90. El artículo 3, apartado 3, refuerza los poderes de los Estados miembros, permitiéndoles —e incluso compeliéndolos a— intervenir en un mercado liberalizado como el del gas, cuando perciban alguna amenaza real para los usuarios imposible de soslayar con los instrumentos del apartado 2.

VII. Conclusión

91. Conforme a las reflexiones precedentes, sugiero al Tribunal de Justicia responder a la cuestión prejudicial del Tribunale Amministrativo Regionale della Lombardia (Italia), declarando que:

«Los artículos 3 y 23 de la Directiva 2003/55/CE deben interpretarse en el sentido de que no los infringe una norma nacional que, habida cuenta de la peculiar situación de un mercado, todavía caracterizado por la falta de condiciones de "competencia efectiva", admita la fijación por vía administrativa del precio de referencia del gas natural, que ha de incluirse ineludiblemente en las ofertas comerciales a los clientes domésticos, siempre que se cumplan las pautas del artículo 3, apartado 2, de la Directiva 2003/55 y, en particular:

— se oriente a un interés económico general; por ejemplo, a la necesidad de mantener los precios en un nivel razonable;

— supere el llamado "test de proporcionalidad" en relación con su vigencia, su contenido y sus destinatarios;

— no perturbe de manera sustancial el funcionamiento del mercado interior; y

— no genere discriminación entre los operadores del sector.»