Recopilación de la Jurisprudencia

CONCLUSIONES DE LA ABOGADO GENERAL
SRA. ELEANOR SHARPSTON
presentadas el 22 de junio de 2017 [1]

Asunto C-413/15

Elaine Farrell
contra
Alan Whitty
The Minister for the Environment,
Ireland,
the Attorney General,
Motor Insurers' Bureau of Ireland (MIBI)

[Petición de decisión prejudicial planteada por la Supreme Court (Tribunal Supremo, Irlanda)]

«Definición de emanación del Estado a efectos de determinar la responsabilidad de un Estado miembro por no transponer adecuadamente una directiva — Condiciones en las cuales un organismo privado puede ser considerado una emanación del Estado»

1. Desde que el Tribunal de Justicia desarrolló la doctrina del efecto directo de las directivas y la hizo aplicable a los litigios «verticales», entre un particular y el Estado, pero se negó a aplicar esa misma doctrina de forma «horizontal» de modo que abarcara a los litigios entre particulares, ha sido determinante conocer cuáles son los límites del «Estado» a efectos de aplicar la doctrina del efecto directo vertical. En la presente petición de decisión prejudicial planteada por la Supreme Court, Ireland (Tribunal Supremo, Irlanda) esa cuestión se coloca en el punto de mira. ¿Constituye el Motor Insurers Bureau of Ireland (organismo irlandés que tiene competencias exclusivas para compensar a los solicitantes que han sufrido daños en accidentes de tráfico cuando el conductor responsable no está asegurado o no puede ser identificado; en lo sucesivo, «MIBI») una «emanación del Estado» con arreglo al criterio establecido en la sentencia Foster y otros (en lo sucesivo, «sentencia Foster»)? [2] En caso afirmativo, el MIBI, y no las partes del procedimiento que representan al Estado, esto es, el Minister for the Environment (Ministro de Medio Ambiente; en lo sucesivo, «Ministro»), Irlanda y el Attorney General (Fiscal General), sería el responsable de abonar una indemnización a la víctima de un accidente de tráfico en el que estaba involucrado un conductor que no había contratado un seguro actuando de modo conforme a la legislación nacional, debido a que Irlanda no había transpuesto correcta y puntualmente las disposiciones del Derecho de la Unión que exigen que todos los pasajeros que viajen en vehículos automóviles estén cubiertos por el seguro contratado por el conductor del vehículo.

1 Lengua original: inglés.

2 Sentencia de 12 de julio de 1990 (C-188/89, EU:C:1990:313).

Marco jurídico

Derecho de la Unión

2. A partir de 1972, las diversas directivas del Consejo relativas a la obligación de disponer de un seguro de responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos automóviles han pretendido lograr que, en paralelo a la relajación de las normas relativas a la circulación de viajeros, se garantice una indemnización a las víctimas de los accidentes de tráfico. A tal efecto, el anterior sistema de la «carta verde» (bastante engorroso) fue sustituido gradualmente por un sistema específico de la Unión. La naturaleza y alcance de la cobertura de seguro obligatoria se fue ampliando en sucesivas directivas. [3]

3. Si bien el artículo 2 de la Directiva 72/166/CEE del Consejo (en lo sucesivo, «Primera Directiva sobre el Seguro de Automóviles») [4] exigía a los Estados miembros que se abstuvieran de realizar controles sistemáticos del seguro de responsabilidad civil de vehículos que tengan su establecimiento habitual en el territorio de otro Estado miembro, el artículo 3, apartado 1, ordenaba a cada Estado miembro «adoptar [...] todas las medidas oportunas [...] para que la responsabilidad civil relativa a la circulación de vehículos que tengan su estacionamiento habitual en su territorio, sea cubierta mediante un seguro». El artículo 3, apartado 1, también disponía que «los daños que se cubran, así como las modalidades de dicho seguro, se determinarán en el marco de tales medidas».

4. La Directiva 84/5/CEE del Consejo (en lo sucesivo, «Segunda Directiva sobre el Seguro de Automóviles») [5] reconocía que subsistían importantes divergencias en cuanto a la extensión de la obligación de aseguramiento entre las legislaciones de los diversos Estados miembros [6] y, en particular, identificaba la necesidad de «prever que un organismo garantice que la víctima no se quede sin indemnización en el caso en que el vehículo que haya causado el siniestro no estuviera asegurado o no fuera identificado». [7]

5. El artículo 1, apartado 1, exigía que «el seguro contemplado en el apartado 1 de la [Primera Directiva sobre el Seguro de Automóviles] cubri[era] obligatoriamente los daños materiales y los daños corporales».

6. Los dos primeros párrafos del artículo 1, apartado 4, tenían el siguiente tenor:

«Cada Estado miembro creará o autorizará un organismo que tendrá por misión reparar, al menos hasta los límites de la obligación del aseguramiento, los daños materiales o corporales causados por un vehículo no identificado o por el cual no haya sido satisfecha la obligación de aseguramiento mencionada en el apartado 1. Dicha disposición no obstará al derecho de los Estados miembros de dar o no a la intervención de dicho organismo un carácter subsidiario, así como al de reglamentar los recursos entre dicho organismo y el o los responsables del siniestro y de otros aseguradoras u

3 Sobre la evolución del seguro de responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos automóviles en la Unión, véase la sentencia de 11 de julio de 2013, Csonka y otros (C-409/11, EU:C:2013:512), apartados 26 a 38, y jurisprudencia citada.

4 Directiva, de 24 de abril de 1972, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros, sobre el seguro de la responsabilidad civil que resulta de la circulación de vehículos automóviles, así como del control de la obligación de asegurar esta responsabilidad (DO 1972, L 103, p. 1; EE 13/02, p. 113), en su versión modificada por la Directiva 90/232/CEE del Consejo, de 14 de mayo de 1990, Tercera Directiva relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros sobre el seguro de responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos automóviles (DO 1990, L 129, p. 33) (en lo sucesivo, «Tercera Directiva sobre el Seguro de Automóviles»).

5 Directiva, de 30 de diciembre de 1983, Segunda Directiva relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros sobre el seguro de responsabilidad civil que resulta de la circulación de los vehículos automóviles (DO 1984, L 8, p. 17; EE 13/15, p. 244), en su versión posteriormente modificada por la Tercera Directiva sobre el Seguro de Automóviles.

6 Véase el tercer considerando.

7 Véase el sexto considerando.

organismos de seguridad social obligados a indemnizar a la víctima por el mismo siniestro. No obstante, los Estados miembros no podrán autorizar al mencionado organismo a condicionar el pago de la indemnización a la demostración por parte de la víctima, sea cual fuere la forma, de que la persona responsable no puede pagar o se niega a hacerlo.

La víctima podrá en todo caso dirigirse directamente al organismo que, basándose en informaciones proporcionadas a petición suya por la víctima, estará obligado a darle una respuesta motivada en cuanto a su intervención.

[...]»

7. La Tercera Directiva sobre el Seguro de Automóviles indicó que aún existían importantes diferencias en la cobertura de seguro [8] y que era necesario garantizar a las víctimas de accidentes automovilísticos un trato comparable, sea cual fuere el lugar (de la Unión) en que haya ocurrido el accidente. [9] Observó que «en particular, [...] existen lagunas legales en lo que respecta a la cobertura del seguro obligatorio de ocupantes de automóviles en algunos Estados miembros» y que «con el fin de proteger a esta categoría, especialmente vulnerable, de posibles víctimas, conviene colmar tales lagunas». [10] También se identificaron diversas mejoras necesarias en lo que atañe al modo en que debe operar el organismo creado para indemnizar a las víctimas de accidentes provocados por vehículos no asegurados o no identificados. [11]

8. El artículo 1 dispone:

«Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo segundo del apartado 1 del artículo 2 de la [Segunda Directiva sobre el Seguro de Automóviles], [12], el seguro a que se hace referencia en el apartado 1 del artículo 3 de la [Primera Directiva sobre el Seguro de Automóviles] cubrirá la responsabilidad por daños corporales de todos los ocupantes, con excepción del conductor, derivados de la circulación de un vehículo.

[...]»

9. De conformidad con el artículo 6, apartado 2, de la Tercera Directiva sobre el Seguro de Automóviles, Irlanda debía transponer el artículo 1 de dicha Directiva a su Derecho nacional antes del 31 de diciembre de 1998 en lo relativo a los ocupantes traseros de las motocicletas y antes del 31 de diciembre de 1995 en lo referente a los demás vehículos.

Derecho irlandés

10. El artículo 56 de la Road Traffic Act 1961 (Ley de Circulación Vial de 1961; en lo sucesivo, «Ley de 1961»), en su versión vigente en el momento de producirse los hechos controvertidos en el litigio principal, exigía que todo usuario de un vehículo automóvil dispusiera de un seguro que cubriera los perjuicios o daños corporales causados a terceros en un lugar público. Sin embargo, de conformidad

8 Tercer considerando.

9 Cuarto considerando.

10 Quinto considerando.

11 Véanse, en particular, los considerandos octavo, noveno, décimo y decimosegundo.

12 El párrafo *primero* del artículo 2, apartado 1, establece que toda disposición legal o cláusula contractual que pretenda excluir del seguro la utilización o la conducción de vehículos por una determinada categoría de personas será reputada sin efecto en lo que se refiere al recurso de los terceros, víctimas de un siniestro, para la aplicación del apartado 1 del artículo 3 de la Primera Directiva sobre el Seguro de Automóviles. Sin embargo, el *segundo* párrafo dispone que «la disposición o la cláusula mencionada en el primer guion podrá ser opuesta a las personas que ocupen asiento por voluntad propia en el vehículo que haya causado el daño, cuando el asegurador pueda probar que sabían que el vehículo era robado». Según mi leal saber y entender, nada apunta a que dicha disposición sea pertinente a efectos de los hechos del litigio principal.

con el artículo 65, apartado 1, las «personas excluidas» no estaban obligadas a contar con cobertura de seguro. Pues bien, en particular, los conductores de vehículos comerciales no equipados con asientos traseros no estaban obligados a contratar un seguro contra los daños derivados de su propia conducción negligente. [13]

11. Según el artículo 78, las compañías de seguros de vehículos que desarrollen la actividad de seguro del automóvil en Irlanda deben ser miembros del MIBI. En virtud de ese requisito, en la práctica, también están vinculadas por los convenios celebrados entre el MIBI e Irlanda. [14]

El MIBI [15]

12. La función del MIBI es gestionar, en particular, las solicitudes de indemnización cuando el conductor de un vehículo es responsable pero, bien no está asegurado, bien no puede compensar él mismo a la persona que ha sufrido daños en un accidente de tráfico. El MIBI se creó en noviembre de 1954, [16] a raíz de un convenio entre el Department of Local Government (Ministerio de Administraciones Territoriales) y las compañías aseguradoras emisoras de pólizas de seguro de automóviles en Irlanda. El MIBI es un organismo con personalidad jurídica con arreglo al Derecho irlandés: una sociedad de responsabilidad limitada sin capital social.

13. En varios pasajes del convenio entre Irlanda y las compañías aseguradoras se describen las responsabilidades y facultades del MIBI. En el presente procedimiento resulta pertinente el convenio celebrado por el MIBI y el Ministro de Medio Ambiente en 1988. [17] Con arreglo a la cláusula 2 de dicho convenio, toda persona que pretenda obtener una indemnización de un conductor no asegurado o no identificado podrá interponer una demanda contra el MIBI. De este modo, cualquier persona que haya sufrido daños puede demandar al MIBI invocando el convenio entre Irlanda y las compañías aseguradoras pese a no ser parte en dicho convenio. La cláusula 4 recoge el compromiso del MIBI de compensar a las víctimas de conductores que no estén asegurados o no hayan sido identificados. Además, la responsabilidad del MIBI surge si, en un plazo de 28 días, no se cumple íntegramente lo dispuesto en una sentencia dictada contra un conductor demandado que haya sido identificado, si bien solo cuando dicha sentencia tenga por objeto «la responsabilidad por daños corporales o materiales que deba estar cubierta en virtud de una póliza de seguro aprobada conforme al artículo 56 de la [Ley de 1961]». Según la resolución de remisión, no existe ninguna ley ni otras normas de Derecho público que prevean que el MIBI actúe en nombre del conductor no asegurado o no identificado. Cualquier derecho u obligación del MIBI en tal sentido se deriva del convenio entre el MIBI y el Ministro.

14. Cuando se produce un accidente en el que está involucrado un conductor no asegurado, el MIBI intentará celebrar un contrato con dicho conductor en virtud del cual este le otorgue el mismo mandato para actuar que habría otorgado a su compañía de seguros si hubiera estado asegurado. En caso de que se celebre ese contrato, el MIBI actuará entonces como cualquier compañía de seguros ordinaria que tramita una reclamación en nombre del conductor asegurado: es decir, el MIBI liquidará la reclamación o dispondrá de un derecho de subrogación para oponerse a la reclamación ante los tribunales. Si el conductor se niega a celebrar ese contrato, al parecer el MIBI simplemente actúa en nombre del conductor no asegurado pese a todo, en virtud de la potestad y obligación que le

13 La cobertura de responsabilidad obligatoria no se extendía a las partes del vehículo que no estuvieran previstas para pasajeros.

14 Véase el punto 19 posterior.

15 La descripción que se expone a continuación se ha obtenido, en parte, de la resolución de remisión y de las observaciones escritas de las partes y, en parte, de las respuestas dadas en la vista a preguntas formuladas por el Tribunal de Justicia.

16 Según la resolución de remisión, los estatutos y la escritura de constitución del MIBI datan de junio de 1946. Lo que ocurrió entre esa fecha y su «creación» en noviembre de 1954 no está claro, pero es poco probable que ello pueda tener alguna incidencia en el presente procedimiento. Procede asimismo señalar que, al parecer, el MIBI se constituyó el 26 de octubre de 1955.

17 En dicho acuerdo, el Ministro de Transportes sustituyó al Ministro de Administraciones Territoriales como parte estatal en el acuerdo. El acuerdo de 1988 era de aplicación en el momento en que se produjo el accidente de la Sra. Farrell.

confiere e impone el contrato de Derecho privado celebrado con el Ministro. A falta de un contrato con el conductor no asegurado, el MIBI únicamente puede solicitar el reembolso de la indemnización que abone o de los costes en los que incurra en el marco de una demanda por enriquecimiento injusto interpuesta contra el conductor. Cuando el conductor no ha sido identificado, el MIBI actúa en virtud de las obligaciones que le incumben con arreglo al convenio con el Ministro pero no podrá dirigirse contra ninguna persona para intentar recuperar la indemnización que haya pagado o los costes que haya soportado.

15. Con carácter adicional al convenio de 1988, el Ministro (actuando en representación de Irlanda) y las compañías aseguradoras firmaron otros dos convenios el 31 de marzo de 2004 y el 29 de enero de 2009, que modifican ligeramente el de 1988. Según el órgano jurisdiccional remitente, a través de dichos convenios el Derecho irlandés se adaptó al contenido de la Tercera Directiva sobre el Seguro de Automóviles. En particular, tales convenios colman la laguna existente en el Derecho nacional en relación con la obligación de aseguramiento con respecto a los ocupantes de la parte trasera de furgonetas no dotadas con asientos [y con la responsabilidad en lo que atañe a aquellos pasajeros que deberían haber sabido razonablemente que el vehículo era robado (no así a los que efectivamente tuvieran conocimiento de ello)]. [18]

16. El MIBI no recibe apoyo económico de Irlanda. Se financia íntegramente a través de sus miembros, es decir, de las compañías de seguros que aseguran la responsabilidad derivada del uso de vehículos en Irlanda. Dichas compañías aseguradoras efectúan aportaciones a un fondo general, cuyo importe se determina en función de las necesidades para atender las obligaciones que efectivamente se generen para el MIBI en el marco de ese sistema. [19] En determinados casos concretos (en particular, cuando el conductor no asegurado estuvo previamente asegurado por una compañía aseguradora pero permitió que su contrato de seguro finalizara), una compañía de seguros puede ser la «compañía de seguros vinculada». En ese caso, dicha compañía asumirá las obligaciones del MIBI y, de ser necesario, abonará la indemnización y los costes. Según el órgano jurisdiccional remitente, las primas que las compañías de seguros imponen al público por los seguros de vehículos a motor incluyen la estimación individual del coste de asegurar al conductor y un elemento que refleja el coste de sus compromisos previstos de aportación al MIBI. Pues bien, los miembros del MIBI (es decir, las compañías de seguros) financian conjuntamente el pago de indemnizaciones a las partes damnificadas y el desembolso de los costes legales que el MIBI soporte o de los que sea responsable, así como los costes administrativos del MIBI. La financiación efectiva se articula mediante el pago de cuotas de asociación que se cobran a las compañías de seguro en función de los ingresos brutos por primas que obtengan del negocio de suscripción de seguros de vehículos en Irlanda (es decir, de su cuota de mercado, en términos de valor). [20]

17. Cualquier modificación de los estatutos o de la escritura de constitución de MIBI debe ser autorizado por el ministro competente. Según el órgano jurisdiccional remitente, este requisito especial no se deriva de las funciones particulares del MIBI, sino que esa misma norma se aplica a todas las sociedades de responsabilidad limitada por garantía en virtud del artículo 28 de la Companies Act 1963 (Ley de Sociedades de 1963).

18 Según tengo entendido, de los hechos no se desprende que dicha disposición sea pertinente a efectos del procedimiento principal.

19 De conformidad con la cláusula 1 del convenio principal entre el Ministro de Administraciones Territoriales y las compañías aseguradoras de vehículos a motor que operan un Irlanda y suscriben pólizas de seguro obligatorio en Irlanda de 10 de marzo de 1955, dichas compañías se obligaron a establecer un organismo denominado «Motor Insurers Bureau of Ireland», a formar parte de él y a dotarle de todos los fondos necesarios para permitirle cumplir sus cometidos.

20 El artículo 16 *bis*, apartado 2, del European Communities (Non-Life Insurance) (Amendment) (No 2) Regulations 1991 (Segundo Reglamento de 1991 por el que se transpone normativa de las Comunidades Europeas en materia de seguros no de vida), introducido mediante el artículo 10 del European Communities (Non-Life Insurance) (Amendment) Regulations 1992 (Reglamento de 1992 por el que se transpone normativa de las de las Comunidades Europeas en materia de seguros no de vida), obliga a los miembros del MIBI a financiar dicho organismo y el fondo de garantía establecido en virtud del artículo 1, apartado 4, de la Segunda Directiva sobre el Seguro de Automóviles en proporción a sus ingresos brutos por primas. Dichos artículos han sido reproducidos en el artículo 34, apartados 2 y 3, del European Communities (Non-Life Insurance) Framework Regulations 1994 [Reglamento marco de 1994 de las Comunidades Europeas (en materia de seguros no de vida)].

18. De conformidad con el artículo 3, en relación con los artículos 8 y 9 de la Insurance Act 1963 (Ley del Seguro de 1963), las compañías aseguradoras deben estar autorizadas para suscribir seguros en Irlanda.[21] Según el artículo 78 de la Ley de 1961, para obtener dicha autorización es preciso ser miembro del MIBI.

19. Ocasionalmente resulta preciso introducir modificaciones al convenio entre el MIBI y el Ministro (por ejemplo, para ampliar las categorías de cobertura de seguros de vehículos a motor cuya responsabilidad debe asumir el MIBI en caso de que el conductor no haya sido identificado o no esté asegurado). El órgano jurisdiccional remitente señala que, si una compañía de seguros es miembro del MIBI pero no desea prestar su consentimiento a la modificación de los términos del convenio entre el MIBI y el Ministro, puede dejar de ser miembro del MIBI. Sin embargo, en ese caso, dicha compañía ya no cumplirá los requisitos para conservar su autorización y, por consiguiente, ya no podrá suscribir pólizas de seguro de automóviles en Irlanda.

Hechos, procedimiento y cuestiones prejudiciales

20. El 26 de enero de 1996, la Sra. Elaine Farrell viajaba en una furgoneta propiedad del Sr. Alan Whitty y que este conducía. La furgoneta no estaba diseñada ni fabricada para transportar pasajeros en la parte de atrás. La Sra. Farrell estaba sentada en el suelo de la camioneta cuando el Sr. Whitty perdió el control de su vehículo. Resultó herida. El Sr. Whitty no estaba asegurado. Según la legislación irlandesa en vigor en ese momento, el Sr. Whitty no estaba obligado a suscribir un seguro contra los daños causados por su negligencia a la Sra. Farrell. Ella formaba parte de una categoría de personas que, pese a estar cubiertas por la Tercera Directiva sobre el Seguro de Automóviles y tener derecho a protección de conformidad con dicha Directiva, no tenían atribuidos esos derechos de conformidad con el Derecho irlandés. Aunque la Tercera Directiva sobre el Seguro de Automóviles obligaba a disponer de ese seguro, en el momento de los hechos esa parte de la Directiva aún no había sido transpuesta en el Derecho irlandés.

21. La Sra. Farrell solicitó una indemnización al MIBI.

22. El MIBI rechazó la solicitud de la Sra. Farrell alegando que, con arreglo al Derecho nacional, no era obligatorio cubrir la responsabilidad por las lesiones que había sufrido.

23. La Sra. Farrell interpuso una demanda ante los órganos jurisdiccionales irlandeses. La High Court (Tribunal Superior, Irlanda) planteó una petición de decisión prejudicial ante el Tribunal de Justicia solicitando orientación sobre la interpretación de la Tercera Directiva sobre el Seguro de Automóviles.

24. En su sentencia Farrell,[22] el Tribunal de Justicia declaró que el artículo 1 de la Tercera Directiva sobre el Seguro de Automóviles se opone a una normativa nacional en virtud de la cual el seguro obligatorio de responsabilidad civil de vehículos automóviles no cubre la responsabilidad por los daños corporales causados a las personas que viajan en una parte de un vehículo automóvil no diseñada ni fabricada con asientos para pasajeros. Asimismo, el Tribunal de Justicia estimó que dicha disposición tenía efecto directo. Sin embargo, dejó en manos del órgano jurisdiccional nacional la tarea de determinar si un particular puede invocar el artículo 1 de la Tercera Directiva sobre el Seguro de Automóviles frente a un organismo como el MIBI.[23]

21 El artículo 78 de la Ley de 1961 fue introducido por el artículo 9 del European Communities (Road Traffic) (Compulsory Insurance) Regulations 1992 [Reglamento de 1992 de las Comunidades Europeas (circulación vial) (seguro obligatorio)], y entró en vigor el 20 de noviembre de 1992. Determinadas «personas exentas» (fundamentalmente autoridades públicas) deben comprometerse a tramitar las reclamaciones de terceros en condiciones similares a las pactadas entre el MIBI y el Ministro.

22 Sentencia de 19 de abril de 2007, Farrell (C-356/05, en lo sucesivo, «sentencia Farrell I», EU:C:2007:229).

23 Sentencia de 19 de abril de 2007, Farrell I (C-356/05, EU:C:2007:229), apartado 44.

25. El órgano jurisdiccional señala que la Sra. Farrell ya ha percibido un importe adecuado en concepto de indemnización.[24] Sin embargo, siguen existiendo discrepancias sobre quién debe financiar la indemnización abonada: el MIBI o el Ministro, Irlanda y el Fiscal General (en lo sucesivo, conjuntamente, «Estado miembro»). El órgano jurisdiccional remitente considera que ello depende de que el MIBI sea o no una emanación de Irlanda.

26. En estas circunstancias, el órgano jurisdiccional remitente ha solicitado al Tribunal de Justicia orientación sobre las siguientes cuestiones prejudiciales:

«1) ¿Debe interpretarse el criterio enunciado en el apartado 20 de la sentencia [Foster] para delimitar el concepto de emanación de un Estado miembro en el sentido de que los elementos integrantes de tal criterio han de aplicarse:

(a) de modo acumulativo, o

(b) de modo disyuntivo?

2) En la medida en que los distintos aspectos mencionados en la sentencia [Foster] puedan considerarse, subsidiariamente, factores que han de tenerse adecuadamente en cuenta para efectuar una valoración global, ¿existe algún principio fundamental que sustente los factores mencionados en dicha sentencia que deba ser aplicado por un órgano jurisdiccional para motivar la conclusión de que un determinado organismo es una emanación del Estado?

3) ¿Basta con que un Estado miembro haya encomendado un amplio conjunto de responsabilidades a un organismo, con la finalidad manifiesta de cumplir obligaciones derivadas del Derecho de la Unión, para que dicho organismo constituya una emanación del Estado miembro, o resulta necesario además que dicho organismo a) disponga de facultades exorbitantes o b) opere bajo la supervisión o el control directo del Estado miembro?»

27. Han presentado observaciones escritas, y orales en la vista celebrada el 5 de julio de 2016, el MIBI, el Ministro, Irlanda y el Fiscal General, el Gobierno francés y la Comisión Europea.

Apreciación

Observaciones preliminares: antecedentes del criterio establecido en la sentencia Foster

28. El principio según el cual el Derecho de la Unión no solo concierne a las relaciones entre Estados sino que también confiere derechos a los particulares se remonta a la sentencia van Gend & Loos.[25] El razonamiento que subyace al efecto directo vertical de las directivas responde a la misma lógica. Una disposición clara, precisa e incondicional de una directiva genera un derecho que, al promulgar dicha

24 El órgano jurisdiccional remitente no dispone de más información sobre la indemnización percibida, cuestión que carece de pertinencia para las cuestiones prejudiciales planteadas.

25 Sentencia de 5 de febrero de 1963, van Gend & Loos (26/62, EU:C:1963:1), «[…] la Comunidad constituye un nuevo ordenamiento jurídico de Derecho internacional, a favor del cual los Estados miembros han limitado su soberanía, si bien en un ámbito restringido, y cuyos sujetos son, no sólo los Estados miembros, sino también sus nacionales; […] en consecuencia, el Derecho comunitario, autónomo respecto a la legislación de los Estados miembros, al igual que crea obligaciones a cargo de los particulares, está también destinado a generar derechos que se incorporan a su patrimonio jurídico; […] esos derechos nacen, no sólo cuando el Tratado los atribuye de modo explícito, sino también en razón de obligaciones que el Tratado impone de manera perfectamente definida tanto a los particulares como a los Estados miembros y a las instituciones comunitarias» (p. 12). Sin embargo, la doctrina concreta del efecto directo, desarrollada por el Tribunal de Justicia, no fue acogida por todos con entusiasmo. En un famoso artículo próximo en el tiempo a la sentencia [«The doctrine of “direct effect”: an infant disease of Community law»: reimpreso en *European Law Review*, 2015, 40(2), pp. 135 a 153], el juez Pierre Pescatore alegó que «las normas jurídicas, por su propia naturaleza, tienen un fin práctico. Toda norma jurídica se concibe para operar de forma eficaz (en francés se suele hablar de *effet utile*). Si no es eficaz, no es una norma de Derecho. […] La finalidad práctica para todos los interesados, que no es más que el “efecto directo”, debe considerarse un requisito normal de cualquier norma de Derecho […] Dicho de otro modo, el “efecto directo” debe presumirse, no debe establecerse *a priori*» (véase p. 135).

Directiva, los Estados miembros acordaron que debía atribuirse a los particulares. Si bien «la elección de la forma y de los medios» se deja en manos del Estado miembro a la hora de transponer una directiva en su Derecho interno, una directiva «obligará al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse» (ambas disposiciones figuran en el artículo 288 TFUE, párrafo tercero). En principio, los Estados miembros deben cumplir naturalmente sus obligaciones y transponer cada directiva íntegra y puntualmente antes de la fecha de transposición prevista. A partir de ese momento, la directiva se convierte, en cierto sentido, en invisible, porque los derechos que confiere pasan a estar expresamente regulados en la legislación nacional.

29. Sin embargo, en algunas ocasiones no ocurre así, y los particulares deben acudir a la propia directiva. Cuando formuló el principio del efecto directo vertical de las directivas, el Tribunal de Justicia insistió en que no puede permitirse que el Estado miembro obtenga ventajas por no transponer una directiva y que, por consiguiente, los particulares pueden invocar las disposiciones claras, precisas e incondicionales de una directiva frente al propio Estado miembro. [26]

30. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia deja claro que carece de importancia en qué calidad específica actúe el Estado miembro. [27] Tampoco constituye un requisito previo del efecto directo vertical que la parte concreta del «Estado» que sea demandada en un asunto en particular tenga una responsabilidad real sobre la circunstancia de que el Estado miembro no haya transpuesto la directiva en cuestión. [28]

31. Se trata más bien de que, si el Estado miembro hubiera transpuesto directamente la directiva, todo el mundo habría estado obligado a respetar los derechos conferidos por ella a los particulares. Por consiguiente, al menos los organismos que formen parte del Estado deben respetar esos derechos individuales.

32. Cuando no pueda invocarse un derecho directamente aplicable de una directiva (dado que el demandado no es el Estado o una emanación del Estado), con carácter general la situación es la siguiente. Las directivas establecen, a menudo en términos abstractos, los derechos que han de ser transpuestos en Derecho nacional y desarrollados por este. Dado que los derechos derivados del Derecho de la Unión deben ser eficaces, no puede existir un derecho sin su correspondiente recurso (*ubi ius, ibi remedium*). Por lo tanto, la primera etapa consiste en acudir al Derecho nacional para determinar si ya existe alguna disposición que (en su caso) pueda servir como transposición (parcial) de la directiva [29] y, al tiempo, examinar si la propia directiva ha previsto que el Derecho nacional deba establecer un recurso en caso de que se vulnere el derecho conferido. En la siguiente etapa es preciso analizar los recursos disponibles en virtud del Derecho nacional para poder determinar cuáles pueden utilizarse para proporcionar un recurso adecuado, respetando la autonomía del Derecho procesal nacional y aplicando los (ya clásicos) principios de equivalencia y efectividad en el marco de la obligación general de que la legislación nacional ha de interpretarse de conformidad con el Derecho de la Unión («interprétation conforme»). [30] Procede acudir a la doctrina de la responsabilidad del Estado únicamente cuando no queda garantizada la protección efectiva del derecho que confiere el Derecho de la Unión. Por consiguiente, la responsabilidad del Estado por los perjuicios sufridos no es un primer recurso, sino el recurso en última instancia.

26 Véase, entre otras, la sentencia de 12 de julio de 1990, Foster y otros (C-188/89, EU:C:1990:313), apartado 16 y jurisprudencia citada.

27 Sentencia de 12 de julio de 1990, Foster y otros (C-188/89, EU:C:1990:313), apartado 17 y jurisprudencia citada.

28 Así, en la sentencia Marshall (de 26 de febrero de 1986, 152/84, EU:C:1986:84) no se sugirió que las autoridades hospitalarias tuvieran la más mínima responsabilidad por la no transposición de la directiva controvertida en ese asunto.

29 A menudo se habrán llevado a cabo iniciativas legislativas que han dado lugar a una transposición parcial o imperfecta. Aun cuando no haya sido así, cabe que exista normativa preexistente en el ámbito cubierto por la directiva que pueda interpretarse a la luz de los requisitos impuestos por dicha directiva.

30 En aras de la brevedad, en lo sucesivo emplearé la expresión en francés.

33. El procedimiento de análisis que acabo de describir suele ser un ejercicio complicado y laborioso. No será posible llevar a cabo una «interprétation conforme» de la normativa nacional existente cuando tal interpretación sea *contra legem*.[31] Para exigir una indemnización al Estado miembro,[32] el demandante deberá incluirle en su demanda como codemandado (de modo que el Estado miembro estará expuesto de forma concomitante a las costas, en caso de que su demanda contra el demandado principal prospere) o interponer un segundo procedimiento contra el Estado miembro tras intentar, sin éxito, que el demandado principal le abone una indemnización. A menos que el litigio se derive de una situación de inexistencia total de transposición de una directiva, no es seguro que se obtenga una indemnización del Estado miembro.[33]

34. Sin embargo, cuando en la normativa nacional no hay *nada* que pueda considerarse una aplicación del derecho que debería haberse concedido de conformidad con la directiva (como en el presente asunto), existen dos opciones. Si el demandado evidente (en este caso, el MIBI) puede caracterizarse debidamente como «Estado» o «una emanación del Estado», el demandante puede invocar sus derechos directamente aplicables en virtud de la propia directiva (efecto directo vertical) y obtener una indemnización de dicho demandado. En caso contrario, la demanda de indemnización ha de interponerse contra el Estado miembro en virtud del principio claramente establecido por el Tribunal de Justicia en la sentencia Dillenkofer.[34]

31 Para una declaración del principio de «interprétation conforme» prácticamente contemporánea a la sentencia Foster, véase la sentencia de 13 de noviembre de 1990, Marleasing (C-106/89, EU:C:1990:395), apartados 8 a 14 (la propia sentencia Marleasing se basa en la sentencia de 10 de abril de 1984, von Colson y Kamann, 14/83, EU:C:1984:153), apartado 26. Para un detenido examen del alcance y de los límites de esa obligación, véase la posterior sentencia de 5 de octubre de 2004, Pfeiffer y otros (C-397/01 a C-403/01, EU:C:2004:584), apartados 107 a 119. En la sentencia de 24 de enero de 2012, Domínguez (C-282/10, EU:C:2012:33), el Tribunal de Justicia dejó claro más allá de toda duda que «la obligación del juez nacional de utilizar como referencia el contenido de una directiva cuando interpreta y aplica las normas pertinentes de su Derecho nacional está limitada por los principios generales del Derecho y no puede servir de base para una interpretación *contra legem* del Derecho nacional» (apartado 25 y jurisprudencia citada).

32 El principio de dicha responsabilidad por daños tiene su génesis en la sentencia de 19 de noviembre de 1991, Francovich y otros (C-6/90 y C-9/90, EU:C:1991:428). En ese asunto, las disposiciones de la Directiva 89/987/CEE eran incondicionales y suficientemente precisas en cuanto al contenido de la garantía de pago de créditos impagados en lo que se refiere a la retribución, pero no a la identidad de la persona que debe prestar esa garantía. Por consiguiente, el Tribunal de Justicia analizó si podía existir responsabilidad del Estado por los daños sufridos. Consideró que, en principio, la responsabilidad se impone, y estableció tres requisitos (en los apartados 39 a 41) para determinar su existencia. El criterio establecido en dicha sentencia parece implicar que existe responsabilidad objetiva siempre que se cumplan esos tres requisitos. En la sentencia de 5 de marzo de 1996, Brasserie du pêcheur y Factortame (C-46/93 y C-48/93, EU:C:1996:79), el Tribunal de Justicia aclaró que aunque debía aplicarse ese criterio siempre que el Estado miembro estuviera obligado a adoptar, durante un determinado período, todas las medidas necesarias para lograr los resultados exigidos por una directiva (apartado 46), el criterio que había que aplicar cuando el Estado miembro disfruta de un amplio margen de apreciación es el de si la violación está «suficientemente caracterizada» (apartado 51), expresión que se define como «la inobservancia manifiesta y grave por parte […] de un Estado miembro […] de los límites impuestos a su facultad de apreciación» (apartado 55).

33 Como afirmó tajantemente el Abogado General Jacobs en los apartados 30 y 31 de sus conclusiones presentadas en el asunto Vaneetveld (C-316/93, EU:C:1994:32):
«30. Según la sentencia Francovich, la posibilidad de que un particular reclame una indemnización por daños al Estado miembro que ha aplicado la Directiva de forma incorrecta no puede, a mi juicio, sustituir de forma satisfactoria la ejecución directa de la Directiva. El demandante se vería frecuentemente obligado a iniciar dos procedimientos judiciales distintos, sea de forma simultánea o sucesiva, uno contra el demandado privado y otro contra los poderes públicos, lo que no sería compatible con la necesidad de una vía de recurso eficaz.
31. En mi opinión, no puede objetarse que la imposición de obligaciones a los particulares comprometería la seguridad jurídica. Por el contrario, el rasgo más destacado de la jurisprudencia existente al respecto es, quizás, la inseguridad que produce. Esta jurisprudencia ha conducido, en primer lugar, a una interpretación muy amplia del concepto de Estado miembro de forma que la ejecución de las Directivas puede invocarse incluso contra empresas comerciales en las que existe un elemento de participación o de control estatal, a pesar de que estas empresas no son responsables del incumplimiento de los Estados miembros y de que pueden ser competidoras directas de las empresas del sector privado contra las cuales no puede invocarse la ejecución de las mismas Directivas. Además, ha generado una gran inseguridad en lo que se refiere al alcance de la normativa nacional, si se tiene en cuenta la obligación que pesa sobre los órganos jurisdiccionales nacionales de extender al máximo el sentido de los términos de la normativa nacional para dotar de eficacia a las Directivas que no han sido correctamente aplicadas. Además, en los casos en que la normativa nacional ha sido interpretada extensivamente para dotar de eficacia a una Directiva, puede resultar que se imponga a los particulares obligaciones que no habrían tenido si la Directiva no existiera. Así pues, de las Directivas que no han sido correctamente aplicadas pueden ya derivar obligaciones para los particulares. En este contexto, la tesis según la cual invocar directamente contra los particulares la ejecución de las Directivas pone en peligro la seguridad jurídica no parece una crítica fundada. Por el contrario, cabe la posibilidad de que la seguridad jurídica salga finalmente reforzada y de que el sistema gane coherencia, si se considera que la ejecución de las disposiciones de una Directiva puede, llegado el caso, invocarse contra los particulares.»

34 Sentencia de 8 de octubre de 1996, Dillenkofer y otros (C-178/94, C-179/94 y C-188/94 a C-190/94, EU:C:1996:375), apartados 16 y 19 a 29: conclusión lógica de lo ya afirmado por el Tribunal de Justicia en la sentencia Francovich y otros (apartados 39 a 41) y confirmado en la sentencia Brasserie du pêcheur y Factortame (apartado 46). Esta doble opción permite explicar por qué la Sra. Farrell ya ha percibido, afortunadamente, una indemnización por sus lesiones (véase el punto 25 anterior).

Sobre la primera cuestión prejudicial

35. Mediante su primera cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pregunta si el criterio establecido en la sentencia Foster debe aplicarse de modo acumulativo o disyuntivo. Es una pregunta oportuna. El apartado 18 de la sentencia Foster está formulado de forma disyuntiva: «[...] este Tribunal de Justicia ha admitido paulatinamente que disposiciones incondicionales y suficientemente precisas de una directiva puedan invocarse por los justiciables frente a organismos *o* entidades que estén sometidos a la autoridad *o* al control del Estado *o* que dispongan de poderes exorbitantes en relación con los que se deriven de las normas aplicables en las relaciones entre particulares». [35] Sin embargo, la formulación del apartado 20 parece ser acumulativa: «De lo antedicho se deduce que, entre las entidades a las que se pueden oponer las disposiciones de una directiva que puedan tener efectos directos, figura, en cualquier caso, un organismo al que, cualquiera que sea su forma jurídica, le ha sido encomendado, en virtud de un acto de la autoridad pública, el cumplimiento, bajo el control de esta última, de un servicio de interés público *y* que dispone, a tal efecto, de facultades exorbitantes en comparación con las normas aplicables en las relaciones entre particulares». [36]

36. Por lógica, el postulado del que parte la primera cuestión prejudicial es que los elementos identificados por el Tribunal de Justicia en la sentencia Foster constituyen una *lista exhaustiva* de los factores que han de ser tenidos en cuenta para responder a la siguiente pregunta: «¿Es el demandado una emanación del Estado en lo relativo al efecto directo vertical?» Si el criterio es disyuntivo, la presencia de los elementos A *o* B *o* C *o* D entre los hechos bastará. Si es acumulativo, será preciso que estén presentes todos los elementos: A, B, C y D. En cualquier caso, la existencia (o inexistencia) de cualquier otro factor (digamos, E o F) carece de pertinencia. Dicho de otro modo, se parte de la premisa de que, en la sentencia Foster, el Tribunal de Justicia pretendió identificar, y de hecho identificó, todos los elementos relevantes para determinar si un determinado demandado es o no una emanación del Estado en lo relativo al efecto directo vertical.

37. Sin embargo, en mi opinión, un análisis más detallado del razonamiento desarrollado por el Tribunal de Justicia en la sentencia Foster deja claro que este *no* se dedicó a la (peligrosa) tarea de intentar prever todos los posibles supuestos en los que puede suscitarse la pregunta de si el demandante es una emanación del Estado. Más bien efectuó una labor de abstracción a partir de asuntos que ya había resuelto en la medida necesaria para ofrecer una respuesta al órgano jurisdiccional remitente en ese caso concreto. Si estoy en lo cierto, por lógica la respuesta a la primera cuestión prejudicial debe ser que el criterio formulado en la sentencia Foster no es ni acumulativo ni disyuntivo.

38. Por lo tanto, resulta necesario llevar a cabo una cuidadosa labor de arqueología con respecto al texto de la sentencia Foster. [37]

39. Los hechos básicos son sencillos. Cinco trabajadoras de la British Gas Corporation (en lo sucesivo, «BGC») estaban obligadas a jubilarse a la edad de 60 años, de conformidad con la política de BGC que exigía a sus trabajadores jubilarse al llegar la edad legal de jubilación (en ese momento 60 años para las mujeres y 65 para los hombres). Deseaban seguir trabajando y alegaron ante un Industrial Tribunal (Tribunal de lo Laboral, Reino Unido) que la política de BGC, pese a no estar prohibida por la normativa nacional, era contraria al artículo 5, apartado 1, de la Directiva 76/207/CEE. [38] Sostenían que podían invocar dicha disposición frente a BGC.

35 El subrayado es mío.

36 El subrayado es mío. La falta de conjunción antes de la palabra «y» significa necesariamente que los distintos elementos enumerados deben considerarse acumulativos.

37 Para esa tarea, viene al caso una peculiar anécdota histórica: yo era la letrada que trabajó en el asunto Foster con Sir Gordon Slynn, el presidente en funciones del Tribunal de Justicia en ese asunto y principal redactor de la sentencia.

38 Directiva del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo (DO 1976, L 39, p. 40; EE 05/02, p. 70).

40. Según se desprende de la sentencia, BGC tenía las siguientes características.[39] En virtud de lo dispuesto en la Gas Act 1972 (Ley del Gas de 1972) del Reino Unido, que regulaba la BGC en la época en que ocurrieron los hechos del procedimiento principal, la BGC era una persona jurídica constituida por ley, encargada de desarrollar y de mantener un sistema de distribución del gas en Gran Bretaña, y disponía de un monopolio para el suministro de gas. Los miembros de la BGC eran nombrados por el Secretario de Estado competente, quien también tenía la facultad de impartir a la BGC directrices de carácter general respecto a cuestiones que afectaran al interés nacional e instrucciones respecto de su gestión. La BGC tenía la obligación de presentar al Secretario de Estado informes periódicos sobre el ejercicio de sus funciones, su gestión y sus programas. Estos informes se transmitían a continuación a las dos cámaras del Parlamento. Con arreglo a la Ley del Gas de 1972, la BGC también estaba facultada para presentar proposiciones de ley al Parlamento con la autorización del Secretario de Estado. Según la información que obraba en la documentación presentada ante el Tribunal de Justicia, consignada en el informe para la vista, con arreglo al Derecho inglés, la BGC era un «organismo de Derecho público» y una «autoridad pública» a efectos de diversas normas nacionales.

41. Tanto el Industrial Tribunal (Tribunal de lo Laboral) como el Employment Appeal Tribunal (Tribunal de Apelación de lo Social, Reino Unido) y la Court of Appeal (Tribunal de Apelación, Reino Unido) desestimaron la demanda de las trabajadoras. Estas recurrieron ante la House of Lords (Cámara de los Lores, Reino Unido), que planteó una petición de decisión prejudicial en lo que pasó a ser el asunto C-188/89.

42. El Tribunal de Justicia, tras desestimar una alegación preliminar sobre la admisibilidad, pasó a analizar en el apartado 16 de su sentencia el fondo de la cuestión sobre la que debía pronunciarse.

43. Comenzó estableciendo los parámetros. En primer lugar, recordó (en el apartado 16) que la eficacia de las directivas (en virtud de las cuales los Estados miembros están obligados a adoptar una actuación determinada) se debilitaría si se impidiera a los justiciables invocarlas ante los tribunales y a los órganos jurisdiccionales nacionales tenerlas en cuenta. Así lo había afirmado ya en 1982 en la sentencia Becker.[40] «Por consiguiente», un Estado miembro que no ha adoptado a su debido tiempo las medidas de ejecución impuestas por la directiva no puede oponer «su propio incumplimiento de las obligaciones que impone la directiva» frente a los particulares en su defensa. «Por tanto» (sinónimo de «por consiguiente»), las disposiciones directamente aplicables de una directiva pueden invocarse i) «frente a cualquier disposición nacional no conforme a la directiva», o ii) «en la medida en que pueden definir derechos que los particulares pueden alegar frente al Estado».

44. A continuación (en el apartado 17), el Tribunal de Justicia recordó que, en su sentencia Marshall,[41] ya había declarado que, en relación con el efecto directo vertical, la calidad exacta en la que actúe el Estado demandado carece de pertinencia (en la sentencia Marshall, era así «cualquiera que sea la calidad en que [...] actúe [el Estado], ya como empresario, ya como entidad pública»). Además, el Tribunal de Justicia señaló por qué consideraba que las directivas debían surtir efecto directo frente a los Estados miembros: «En uno y otro caso, *procede evitar que el Estado pueda obtener ventajas de su incumplimiento del Derecho [de la Unión*]».[42]

39 Esta información se ha extraído de los apartados 3 a 7 de la sentencia Foster.

40 Sentencia de 19 de enero de 1982 (8/81, EU:C:1982:7). El demandado en el asunto Becker era la oficina de la autoridad tributaria municipal. Orgánicamente, formaba parte del Estado, estaba sujeta a la potestad y al control del Estado y disponía de «facultades exorbitantes» para establecer y recaudar impuestos en aras de obtener financiación para gastos públicos autorizados.

41 Sentencia de 26 de febrero de 1986 (152/84, EU:C:1986:84). En el asunto en que recayó la sentencia Marshall el demandado era la Southampton and South-West Hampshire Health Authority (el organismo responsable en aquel momento de los hospitales y servicios sanitarios en su circunscripción). Orgánicamente, no formaba parte del Estado, pero estaba sujeta a su autoridad y su control. La sentencia no indica si disponía de «facultades exorbitantes» y nada apunta a que de hecho las tuviera (véase el punto 49 posterior). Tenía claramente encomendada una función especial de interés público consistente en proporcionar servicios sanitarios adecuados en su circunscripción. Por lo tanto, podría considerarse que, desde el punto de vista funcional, actuaba en nombre del Estado.

42 El subrayado es mío.

45. Posteriormente (en el apartado 18), el Tribunal de Justicia ofreció una definición de los tipos de demandados frente a los cuales un particular puede invocar «disposiciones incondicionales y suficientemente precisas de una directiva» (en resumen, de lo que es una emanación del Estado en lo que se refiere al efecto directo vertical). La frase introductoria «basándose en estas consideraciones, este Tribunal de Justicia ha admitido paulatinamente [...]» constituye un aviso para el lector de que el Tribunal de Justicia está a punto de proporcionarle una fórmula abstracta cuyos elementos pueden extraerse, todos ellos, de la jurisprudencia existente.

46. Por consiguiente, no es sorprendente que, inmediatamente después (en el apartado 19), el Tribunal de Justicia motivara su propia alegación en que todo lo antedicho se derivaba de la jurisprudencia existente. La lista de asuntos contenida en ese apartado se introduce mediante la expresión «*por consiguiente*, este Tribunal de Justicia ha declarado que [...]». Las asuntos concretos citados —Becker («autoridades tributarias»),[43] Busseni («autoridades tributarias»),[44] Costanzo («entes territoriales»),[45] Johnston («autoridades constitucionalmente independientes encargadas de mantener el orden público y la seguridad»)[46] y Marshall («autoridades públicas que prestan servicios de salud pública»)—[47] pueden enlazarse con uno o varios de los distintos elementos que el Tribunal de Justicia incluyó en su formulación abstracta en el apartado 18.

47. Llegados a este punto, procede subrayar que los apartados 18 y 19 de la sentencia podrían haberse escrito en sentido inverso. El razonamiento es básicamente el mismo cuando se afirma «i) ahora voy a formular el criterio en términos abstractos; y ii) pueden ver las características que he identificado en los siguientes asuntos ya resueltos por el Tribunal de Justicia» (el orden que, de hecho, respetan esos apartados) o cuando se asevera «i) vean aquí algunos asuntos que el Tribunal de Justicia ya ha resuelto y que responden a ciertas características; y, por consiguiente, ii) a continuación voy a formular el criterio en términos abstractos» (el orden inverso).

48. El Tribunal de Justicia podría haberse detenido en ese momento, tras establecer la formulación abstracta. En términos estrictos, incumbía al órgano jurisdiccional remitente determinar los hechos respondiendo a la pregunta concreta de si *la BGC* era una emanación del Estado conforme a dicho criterio.[48] Sin embargo, el órgano jurisdiccional preguntó: «¿Era la [BGC] [...] un organismo de tal naturaleza que las partes apelantes estuvieran legitimadas ante los órganos jurisdiccionales ingleses para invocar directamente la [Directiva 76/207] y para reclamar una indemnización por daños y perjuicios basándose en que la política de jubilación de la [BGC] era contraria a la Directiva?» y el Tribunal de Justicia entendió que disponía de suficiente información para ofrecer una orientación

43 El subrayado es mío. Sentencia de 19 de enero de 1982 (8/81, EU:C:1982:7).

44 Sentencia de 22 de febrero de 1990 (C-221/88, EU:C:1990:84). El Tribunal de Justicia declaró en dicha sentencia que, a falta de medidas de aplicación, la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA) podía invocar una recomendación (una vez vencido el plazo para su aplicación) frente al Estado miembro que no la hubiera aplicado. Sin embargo, el carácter privilegiado de los importes adeudados a la CECA solo podía reconocerse frente a este Estado, quedando pues los créditos en idéntica situación que los créditos del Estado. Por lo tanto, no perjudicó los derechos de los acreedores distintos del Estado con arreglo al Derecho nacional en la materia, a falta de la recomendación. Véanse el apartado 30 y el punto 1 del fallo.

45 Sentencia de 22 de junio de 1989 (103/88, EU:C:1989:256). El demandado en el asunto Costanzo era la Junta de Gobierno de un municipio italiano. Orgánicamente, formaba parte del Estado, compartía las funciones estatales de autoridad y control y disponía de las potestades estatales habituales (como la potestad normativa) y operaba en aras del interés público.

46 Sentencia de 15 de mayo de 1986 (222/84, EU:C:1986:206). El demandado en el asunto Johnston era el *Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*: el responsable oficial del servicio de policía en Irlanda del Norte. La sentencia describe el servicio de policía (encarnado en su *Chief Constable*) como una autoridad pública independiente que ejerce la potestad y el control del Estado, que dispone de «facultades exorbitantes» (habida cuenta de que el Estado tiene el monopolio del uso legal de la fuerza) y que tiene encomendada la tarea de mantener el orden público y la seguridad.

47 Sentencia de 26 de febrero de 1986 (152/84, EU:C:1986:84). Ya he descrito la naturaleza del demandado en dicho asunto (véase la nota 42 de las presentes conclusiones). En cuanto al hecho de que no había nada en ese asunto que indique que el demandado dispusiera de «facultades exorbitantes», véase el punto 49 posterior.

48 En efecto, anteriormente el Tribunal de Justicia había señalado (en el apartado 15) que, era «competente para determinar, con carácter prejudicial, las categorías de sujetos de derecho frente a los cuales se pueden invocar las disposiciones de una Directiva» mientras que «corresponde a los órganos jurisdiccionales nacionales decidir si una parte de un litigio del que conocen entra en una de las categorías definidas de esa manera».

clara sobre cuál debería ser la respuesta.[49] Los diversos elementos fácticos expuestos sobre la BGC bastaban para demostrar *que la BGC cumplía de hecho todos los requisitos indicados*.[50] Por consiguiente, el Tribunal de Justicia afirmó (en el apartado 20) que «de lo antedicho se deduce que, entre las entidades a las que se pueden oponer las disposiciones de una directiva que puedan tener efectos directos, *figura, en cualquier caso*,» un organismo en el que concurren las diversas características enunciadas en el apartado 18 (junto con varias observaciones adicionales).[51]

49. Procede detenerse y señalar que las aclaraciones adicionales aportadas en el apartado 20 encajan más con la idea de que dicho apartado contiene la *aplicación* de la formulación abstracta a BGC que con la de que expone el criterio en sí. En primer lugar, se hace referencia a «*un organismo [...] cualquiera que sea su forma jurídica*» lo cual extiende (quizá de forma casual) el principio desarrollado por la jurisprudencia anterior, que afectaba básicamente a autoridades *públicas*, a otros organismos cuya «forma jurídica» puede ser en parte pública y en parte privada, o incluso exclusivamente privada, y no solo pública.[52] En segundo lugar, se afirma que a ese organismo en cuestión «le ha sido encomendado, en virtud de un acto de la autoridad pública, *el cumplimiento [...] de un servicio de interés público*» (en el apartado 18 no se menciona el «cumplimiento de un servicio de interés público»). En tercer lugar, «dispone [...] *de facultades exorbitantes* en comparación con las normas aplicables en las relaciones entre particulares» (ya identificadas en el apartado 18) «*a tal efecto*» —es decir, para permitir al organismo prestar un servicio público. En cuarto lugar, si bien tres de los organismos mencionados en la jurisprudencia citada en el apartado 19 disponían de «facultades exorbitantes», no ocurría así en el caso del cuarto (la autoridad sanitaria en el asunto Marshall). Ello plantea el interrogante de si debe entenderse que ese elemento es una parte necesaria de la definición de lo que constituye una emanación del Estado en relación con el efecto directo vertical. Sin embargo, la BGC *sí* disponía de dichas facultades exorbitantes.[53] Estas aclaraciones adicionales explican al órgano jurisdiccional nacional (en un lenguaje apenas codificado) que los hechos que el Tribunal de Justicia ha extraído de la resolución de remisión sobre la BGC bastan para considerarla una emanación del Estado.

50. Más reveladora resulta aún la expresión «*figura, en cualquier caso*». Confirma que el Tribunal de Justicia no está intentando formular en el apartado 20 ningún tipo de criterio general ni cubrir todas las eventualidades que puedan producirse en el futuro. Está abordando el caso concreto e indicando al órgano jurisdiccional nacional que «cualesquiera que sean los *demás* organismos que pueden ser (o no) emanaciones del Estado, un organismo que responde a *todas* estas características *es* una emanación del Estado —que es lo que usted quería saber—».

49 No es infrecuente que el Tribunal de Justicia ofrezca una indicación clara a un órgano jurisdiccional remitente sobre cuál debe ser probablemente el resultado de aplicar el principio abstracto que ha expuesto. Puede hallarse un sorprendente ejemplo de ello transcurridos unos seis años después de la sentencia Foster en el «tercer asunto Factortame» (sentencia de 5 de marzo de 1996, Brasserie du pêcheur y Factortame, C-46/93 y C-48/93, EU:C:1996:79). En el apartado 51 de dicha sentencia, el Tribunal de Justicia estableció el criterio para determinar en qué casos un Estado miembro ha de abonar una indemnización por incumplimiento del Derecho de la Unión y, en el apartado 56, expuso en términos generales «los elementos que el órgano jurisdiccional competente puede tener que considerar». A continuación, en los apartados 58 a 64, el Tribunal de Justicia proporcionó orientación a los dos órganos jurisdiccionales remitentes —el Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo de lo Civil y Penal, Alemania) y la High Court of Justice, Queen's Bench Division, Divisional Court (Tribunal Superior de Justicia, Sala de lo Civil en formación pluripersonal, Reino Unido), respectivamente— sobre las probables respuestas («[...] [se] considera útil recordar determinadas circunstancias que podrían tener en cuenta los órganos jurisdiccionales nacionales»). Todos los diversos factores represores identificados en los apartados 61 a 64 en relación con la promulgación por parte del Reino Unido de la Merchant Shipping Act 1988 (Ley de la Marina Mercante de 1988) apuntaban a que debía apreciarse la existencia de responsabilidad en ese asunto. De hecho, tras una encarnizada lucha por parte del Gobierno una vez que el asunto volvió a los órganos jurisdiccionales nacionales, ese fue el resultado.

50 El Tribunal de Justicia parece haber basado su conclusión de que la BGC disponía de facultades exorbitantes en el hecho de que tenía el monopolio del suministro del gas (apartado 3).

51 El subrayado es mío.

52 Véanse, asimismo, los puntos 62, 79 a 105, 114 y 120, apartado 1.

53 Véase la nota 50 de las presentes conclusiones.

51. Esta interpretación se ve respaldada por la relación entre el apartado 20 y la parte dispositiva de la sentencia. En el apartado 21, el Tribunal de Justicia recordó que, en la sentencia Marshall,[54] había declarado que el artículo 5, apartado 1, de la Directiva 76/207 cumplía los criterios para surtir efecto directo. A continuación se combinan los apartados 20 y 21 (en el apartado 22, repetido en el fallo) para ofrecer al órgano jurisdiccional remitente una respuesta concreta a la cuestión prejudicial planteada. La expresión «figura, en todo caso», recogida en el apartado 20, se elimina, por considerarse innecesaria o incluso inadecuada, en el fallo.

52. En mi opinión, en la sentencia Foster el Tribunal de Justicia no tenía la intención de intentar enumerar exhaustivamente y con carácter definitivo todos los elementos del criterio de qué debe constituir una emanación del Estado en relación con el efecto directo vertical. Llevó a cabo una formulación abstracta a partir de la jurisprudencia existente (en el apartado 18) que posteriormente aplicó, con aclaraciones, a efectos de identificar un organismo que, en virtud de sus características, debía estar incluido en todo caso dentro de la categoría de emanaciones del Estado (en el apartado 20). Allí es donde termina la sentencia. Ni el desarrollo del criterio a partir de la jurisprudencia existente llevado a cabo en el apartado 18 ni la aplicación del mismo en el apartado 20 pretenden ser exhaustivos y tanto la lógica como el sentido común abogan en contra de que sean calificados en esos términos de forma retroactiva.

53. De ello se deduce que la respuesta a la primera cuestión prejudicial es que el criterio establecido en la sentencia Foster para delimitar el concepto de emanación del Estado en relación con el efecto directo vertical de las directivas se halla en el apartado 18, y no en el apartado 20, de dicha sentencia. Ese criterio no debe interpretarse ni de modo acumulativo ni de modo disyuntivo. Más bien establece una lista no exhaustiva de los elementos que pueden resultar pertinentes para llevar a cabo dicha apreciación.

54. Antes de examinar la segunda cuestión prejudicial, me referiré, brevemente y entre paréntesis, a una característica curiosa de los elementos a los que el Tribunal de Justicia recurrió para elaborar el criterio, a saber la referencia a las «facultades exorbitantes». En la versión original en francés del borrador de la sentencia que se redactó y que fue objeto de debate, la expresión empleada era «pouvoirs exorbitants» — un término técnico del Derecho administrativo francés del cual «special powers» no constituye una traducción particularmente adecuada al inglés.[55] El *locus classicus* del concepto de servicio público en el Derecho administrativo francés es, según tengo entendido, la resolución del Tribunal des conflits de 8 de febrero de 1873 en el asunto Blanco,[56] que reconoció la posibilidad de que el Estado incurriera en responsabilidad indemnizatoria por actuaciones de «service public» y la competencia exclusiva de los órganos jurisdiccionales administrativos (y no de los órganos jurisdiccionales civiles ordinarios) para conocer de tales asuntos.[57] La sentencia del Conseil d'État en el

54 Sentencia de 26 de febrero de 1986 (152/84, EU:C:1986:84).

55 Dado que la petición de decisión prejudicial procedía de un órgano jurisdiccional del Reino Unido, la versión en inglés de la sentencia es la «auténtica» y la traducción propuesta fue revisada por el juez del Reino Unido (Sir Gordon Slynn) y su letrada principal (yo misma) con el entonces responsable de la División Inglesa de la Traducción del Tribunal de Justicia. Éramos conscientes de que la expresión «special powers» no reflejaba todos los matices del borrador en francés, pero a nadie se le ocurrió nada mejor en ese momento. Un análisis de las restantes versiones lingüísticas de la sentencia pone de manifiesto que esa expresión fue traducida al español como «poderes exorbitantes», al alemán como «besondere Rechte», al italiano como «poteri» (sin referirse a su carácter «especial»), al neerlandés como «bijzondere bevoegdheden» y al portugués como «poderes exorbitantes». Ello apunta a que la traducción a algunas lenguas fue significativamente más fácil que a otras.

56 Tribunal des conflits de 8 de febrero de 1873, 00012, publicada en recueil Lebon (puede consultarse el texto en francés en https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000007605886).

57 El asunto Blanco tenía por objeto una demanda por daños y perjuicios interpuesta en nombre de una menor que habría sufrido daños corporales por la actuación de trabajadores empleados por las autoridades tabacaleras en Burdeos. La parte esencial de la (breve) resolución se consigna a continuación: «Considerando que la responsabilidad, que puede ser imputable al Estado, por los daños ocasionados a los particulares por las actuaciones de aquellas personas que tiene contratadas para prestar un servicio público no puede regirse por los principios establecidos en el Código Civil para las relaciones entre particulares; considerando que esa responsabilidad no es ni general ni absoluta; considerando que se rige por normas especiales que varían en función de las necesidades del servicio y la exigencia de conciliar los derechos del Estado con los de los particulares; considerando, en consecuencia […] que únicamente los órganos jurisdiccionales administrativos son competentes para conocer de esos asuntos».

asunto Bureau Veritas [58] proporciona una útil orientación adicional sobre el concepto de Derecho francés de «l'exercise des prérogatives de puissance publique [...] conférées pour l'exécution de la mission de service public dont [la société en question] est investie» (el ejercicio de prerrogativas públicas [...] atribuidas para permitir [a la sociedad en cuestión] cumplir el mandato de servicio público que se le ha encomendado). Dicho esto, el texto de la sentencia Foster del Tribunal de Justicia no intenta definir los «poderes exorbitantes» a los efectos del Derecho de la Unión salvo para indicar que tales poderes «[exceden de] los que se deriv[a]n de las normas aplicables en las relaciones entre particulares». Volveré sobre este concepto, en particular, cuando aborde la tercera cuestión prejudicial. [59]

Sobre la segunda cuestión prejudicial

55. Mediante su segunda cuestión prejudicial, partiendo de la premisa de que los elementos enumerados en la sentencia Foster constituyen un conjunto de elementos que han de ser tenidos en cuenta (como ya he sugerido en la respuesta que propongo que se dé a la primera cuestión prejudicial) en lugar de un criterio restrictivo y acumulativo, el órgano jurisdiccional remitente solicita que se dilucide si existe un principio fundamental que subyace a los distintos elementos identificados que un órgano jurisdiccional nacional debe aplicar a los hechos de que conoce para establecer si un determinado demandado es o no una emanación del Estado en relación con el efecto directo vertical de las directivas.

56. Procede comenzar preguntándose si la jurisprudencia posterior a la sentencia Foster apunta de forma concluyente a que el Tribunal de Justicia haya optado, *desde* dicha sentencia, por un criterio acumulativo o disyuntivo (de modo que la segunda cuestión prejudicial sería innecesaria), o si ha atribuido un peso particular a uno u otro de los elementos identificados en la sentencia Foster.

57. Desde mi punto de vista, la respuesta a ambas preguntas debe ser negativa, pero, para la correcta exposición de mis conclusiones, examinaré dicha jurisprudencia a continuación de forma más detallada, analizándola por orden cronológico partiendo de la fecha en que se dictaron las correspondientes sentencias.

58. La primera resolución posterior a la sentencia Foster que resulta pertinente es la sentencia Kampelmann y otros. [60] El Sr. Kampelmann y tres compañeros, los demandantes en los asuntos C-253/96 a C-256/96, eran empleados del Landschaftsverband (consejo regional), organismo competente, entre otras cuestiones, para la construcción y mantenimiento de las carreteras de la región de Westfalen-Lippe y la gestión de varios servicios de la red viaria del Land. [61] El Sr. Schade (asunto C-257/96) y el Sr. Haseley (asunto C-258/96) eran empleados, respectivamente del Stadtwerke Witten (Departamento Municipal de Obras Públicas, Witten) y el Stadtwerke Altena (Departamento Municipal de Obras Públicas, Altena), empresas públicas que englobaban los servicios de distribución de energía de las respectivas ciudades. [62] Deseaban invocar directamente frente a sus respectivos empleadores el artículo 2, apartado 2, letra c), inciso ii), de la Directiva 91/533/CEE del Consejo, [63] en el marco de una controversia sobre su clasificación profesional. Tras llegar a la conclusión de que

58 Sentencia de 23 de marzo de 1983, Conseil d'État, SA Bureau Véritas et autres, n.º 33803, 34462. El asunto Bureau Veritas versaba sobre un recurso de casación interpuesto por Bureau Veritas y el Estado francés en relación con una demanda presentada por una aerolínea contra Bureau Veritas, en su condición de organismo facultado para emitir certificados de aeronavegabilidad, por los daños derivados del retraso de esta última en emitir ese certificado. Se estimó que a Bureau Veritas le había sido encomendada una función de servicio público y que ejercía potestades públicas a dichos efectos. Como corolario, se estimó que el propio Estado no era responsable de los daños ocasionados.

59 Véanse los puntos 129 y ss.

60 Sentencia de 4 de diciembre de 1997 (C-253/96 a C-258/96, EU:C:1997:585).

61 Apartado 12 de la sentencia.

62 Apartado 17 de la sentencia.

63 Directiva de 14 de octubre de 1991, relativa a la obligación del empresario de informar al trabajador acerca de las condiciones aplicables al contrato de trabajo o a la relación laboral (DO 1991, L 288, p. 32).

dicha disposición tenía efecto directo,[64] el Tribunal de Justicia incluyó una versión ampliada del listado disyuntivo recogido en el apartado 18 de la sentencia Foster[65] y respondió a la segunda cuestión prejudicial del órgano jurisdiccional nacional repitiendo la fórmula contenida en el apartado 18 de la sentencia Foster.[66]

59. El demandado en el asunto Collino y Chiappero[67] era Telecom Italia, la entidad sucesora de una serie de empresas a las que el Estado italiano había otorgado concesiones exclusivas para prestar servicios de telecomunicaciones públicas.[68] Los demandantes recurrieron los términos de su transferencia desde el titular de la concesión inicial al siguiente titular de la concesión.[69] El órgano jurisdiccional remitente consideró que, desde el punto de vista objetivo, se había producido una transmisión de empresas, pero señaló que el Derecho italiano había establecido un régimen especial y excepcional al régimen general de transmisión de empresas que tenía por efecto que las pretensiones de los demandantes no prosperaran. El órgano jurisdiccional remitente preguntó al Tribunal de Justicia si el régimen excepcional introducido mediante la Ley italiana n.º 58/92 era compatible con la Directiva 77/187/CEE del Consejo.[70]

60. Telecom Italia intentó impugnar la admisibilidad de la petición de decisión prejudicial alegando que el órgano jurisdiccional remitente «no puede, en todo caso, aplicar las disposiciones de la [Directiva 77/187] al litigio principal, en el que se enfrentan exclusivamente particulares».[71] El Tribunal de Justicia admitió que, de conformidad con reiterada jurisprudencia, una directiva no puede surtir efecto directo horizontal, pero posteriormente recordó el principio de «interprétation conforme» y que, cuando los justiciables pueden ampararse en una directiva frente al Estado, pueden hacerlo independientemente de cuál sea la condición en que actúa este último, porque hay que evitar que el Estado pueda obtener ventajas de su incumplimiento del (entonces) Derecho comunitario. A continuación, el Tribunal de Justicia se refirió al apartado 20 de la sentencia Foster, encomendó al órgano jurisdiccional nacional la tarea de apreciar si los demandantes podían invocar directamente la Directiva 77/187 y respondió a las cuestiones prejudiciales sustantivas planteadas.[72]

61. En el asunto Rieser Internationale Transporte,[73] la empresa de transportes demandante solicitaba el reembolso de los peajes que consideraba haber pagado en exceso por el uso de la autopista Brenner. El demandado (Asfinag) era la entidad responsable de la construcción, planificación, explotación, mantenimiento y financiación de las autopistas y autovías austriacas, entre ellas la autopista de Brenner, en virtud de un contrato de usufructo celebrado entre dicha entidad y su accionista único, el Estado austriaco. La empresa de transportes (y la Comisión) estimaban que las disposiciones

64 Apartado 45 de la sentencia.

65 «En cambio, una Directiva puede invocarse frente a organismos o entidades que estén sometidos a la autoridad o al control del Estado o que dispongan de poderes exorbitantes en relación con los que se derivan de las normas aplicables en las relaciones entre particulares, tales como las entidades territoriales o aquellos organismos a los que, con independencia de su forma jurídica, se les haya encomendado, en virtud de un acto de la autoridad pública, la prestación de un servicio de interés público, bajo el control de esta última» (apartado 46). Curiosamente, ese apartado de la sentencia no se remite ni al apartado 18 ni al apartado 20 de la sentencia Foster, sino a su apartado 19 y al apartado 31 de la sentencia Costanzo (sentencia de 22 de junio de 1989, 103/88, EU:C:1989:256) («[…] cuando se den los requisitos exigidos por la doctrina jurisprudencial de este Tribunal para que los particulares puedan invocar las disposiciones de una Directiva ante los órganos jurisdiccionales nacionales, todos los órganos de la Administración pública, incluso los no integrados en la Administración central, como pueda ser el caso de un municipio, están obligados a aplicar dichas disposiciones»).

66 Apartado 47 de la sentencia y punto 2 del fallo.

67 Sentencia de 14 de septiembre de 2000 (C-343/98, EU:C:2000:441).

68 Véanse los apartados 7 a 9 de la sentencia.

69 Véanse los apartados 10 a 13 de la sentencia.

70 Directiva, de 14 de febrero de 1977, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de [transmisiones] de empresas, de centros de actividad o de partes de centros de actividad (DO 1977, L 61, p. 26; EE 05/02, p. 122).

71 Apartado 19 de la sentencia.

72 Véanse los apartados 20 a 25 de la sentencia. La mención del apartado 20 de la sentencia Foster (con su declaración de que un organismo que reúne los requisitos enunciados «figura, en todo caso» entre las entidades a las que se pueden oponer las disposiciones de una directiva que puedan tener efecto directo) por parte del Tribunal de Justicia puede interpretarse como un sutil indicio para el órgano jurisdiccional nacional de que Telecom Italia era efectivamente una emanación del Estado en relación con el efecto directo vertical.

73 Sentencia de 5 de febrero de 2004 (C-157/02, EU:C:2004:76).

pertinentes de las directivas controvertidas eran oponibles a una entidad como Asfinag debido a los estrechos vínculos que unían a esta sociedad con el Estado en la gestión de las autopistas austriacas. Asfinag impugnó dicha interpretación alegando que estaba constituida en forma de sociedad anónima de Derecho privado, sus órganos directivos no estaban sujetos a instrucciones procedentes de los órganos del Estado austriaco, no ejercía ninguna función propia del poder público y percibía los peajes por cuenta propia. [74]

62. Tras citar los principios del efecto directo vertical establecidos en las sentencias Becker, [75] Marshall [76] y Foster, [77] el Tribunal de Justicia reprodujo literalmente el criterio recogido en el apartado 20 de la sentencia Foster, recordado en la sentencia Collino y Chiappero. [78] A continuación llevó a cabo un cuidadoso análisis de la información sometida a su consideración en la resolución de remisión. [79] El Tribunal de Justicia entendió que de esos hechos se desprendía claramente que Asfinag era un organismo al que se ha encargado prestar, en virtud de un acto adoptado por los poderes públicos y bajo el control de estos, un servicio de interés general, y que disponía, a tal efecto, de facultades exorbitantes en comparación con las normas aplicables en las relaciones entre particulares. [80] Por tanto, el Tribunal de Justicia concluyó que «tal organismo figura, cualquiera que sea su forma jurídica, entre las entidades a las que se pueden oponer las disposiciones de una directiva que puedan tener efecto directo». [81]

63. Según interpreto la sentencia Rieser Internationale Transporte, el Tribunal de Justicia hizo exactamente lo que ya había hecho anteriormente en la sentencia Foster. A partir de la información de que disponía, el Tribunal de Justicia consideró que podía concluir que Asfinag cumplía *todos* los requisitos enunciados en la sentencia Foster. Por lo tanto, Asfinag «figuraba, en todo caso» entre las entidades a las que un justiciable puede oponer el efecto directo vertical de las directivas. Deseo añadir que la sentencia Rieser Internationale Transporte deja claro sin lugar a dudas que una sociedad anónima de Derecho privado cuyos órganos directivos no están sujetos a instrucciones procedentes del Estado puede ser, pese a todo, una emanación del Estado en lo que respecta al efecto directo vertical.

64. El asunto en que recayó el auto Sozialhilfeverband Rohrbach [82] versaba sobre si los contratos de trabajo de los trabajadores de la Sozialhilfeverband, una organización de servicios sociales de Derecho público, habían sido transferidos a dos nuevas sociedades de responsabilidad limitada de Derecho privado, cuyo socio único era la Sozialhilfeverband. La petición de decisión prejudicial se resolvió mediante auto motivado de conformidad con el actual artículo 99 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia. Al parecer, el Tribunal de Justicia hizo especial hincapié en el hecho de que las nuevas sociedades de responsabilidad limitada estaban sujetas al control del socio único que, a su vez, era una emanación del Estado. Según tengo entendido, no analizó en realidad si la Sozialhilfeverband disponía de facultades exorbitantes. [83]

74 Véanse los apartados 20 y 21 de la sentencia.

75 Sentencia de 19 de enero de 1982 (8/81, EU:C:1982:7), apartados 23 a 25.

76 Sentencia de 26 de febrero de 1986 (152/84, EU:C:1986:84), apartado 49.

77 Sentencia de 12 de julio de 1990 (C-188/89, EU:C:1990:313), apartados 16 y 17.

78 Sentencia de 14 de septiembre de 2000 (C-343/98, EU:C:2000:441), apartado 23.

79 Véanse los apartados 25 y 26 de la sentencia.

80 Apartado 27 de la sentencia. Sin embargo, en lo que respecta al elemento relativo a las «facultades exorbitantes» de dicho criterio, véanse asimismo los puntos 130 y ss. posteriores.

81 Véase el apartado 28 de la sentencia.

82 Auto de 26 de mayo de 2005 (C-297/03, EU:C:2005:315).

83 Para una exposición de los hechos en los que el Tribunal de Justicia basó su resolución, véanse los apartados 11 y 12 del auto motivado. El breve análisis de la primera cuestión prejudicial (pertinente a los presentes efectos) llevado a cabo por el Tribunal de Justicia se expone en los apartados 27 a 30, y no contiene ninguna mención a «facultades exorbitantes».

65. En el asunto en que recayó la sentencia Vassallo,[84] el demandado era un centro hospitalario y la cuestión de si se trataba de una emanación del Estado se suscitó en el marco de una alegación de inadmisibilidad. El centro hospitalario adujo que no dependía ni del Estado italiano ni de ningún ministerio. Se trataba de un establecimiento autónomo con sus propios directivos, que en su gestión debían aplicar las reglas de Derecho interno, sin poder cuestionarlas ni hacer excepciones a las mismas.[85] El Tribunal de Justicia se limitó a declarar que de la resolución de remisión se desprendía claramente que el órgano jurisdiccional nacional consideraba probado que el centro hospitalario constituía una institución del sector público vinculada a la Administración pública. Ello le bastó para concluir (utilizando la misma formulación ampliada del criterio de emanación del Estado a la que había recurrido en la sentencia Kampelmann y otros) que procedía rechazar la alegación de inadmisibilidad del centro hospitalario.[86] Una vez más, no hallo nada en el análisis realizado por el Tribunal de Justicia que apunte a que examinó la cuestión de las «facultades exorbitantes». Tampoco es intrínsecamente probable (véase la sentencia Marshall) que un centro hospitalario público disponga de tales facultades.

66. En la sentencia Farrell I, el Tribunal de Justicia citó el criterio recogido en el apartado 20 de la sentencia Foster (así como los apartados 23 de la sentencia Collino y Chiappero y 24 de la sentencia Rieser Internationale Transporte), en lugar de su apartado 18. Sin embargo, el Tribunal de Justicia manifestó expresamente a continuación que no disponía de información suficiente para determinar si el MIBI era una emanación del Estado, por lo que dejó esa cuestión en manos del órgano jurisdiccional nacional,[87] lo cual dio lugar en su momento a la presente petición de decisión prejudicial.

67. En el asunto en que recayó la sentencia Domínguez,[88] la Gran Sala analizó una demanda interpuesta al amparo de la Directiva sobre el tiempo de trabajo refundida (Directiva 2003/88/CE)[89] por un trabajador contra el Centre informatique du Centre Ouest Atlantique (Centro de proces de datos de la Región Centro Oeste Atlántico) que, como señaló el Tribunal de Justicia, era un «organismo que actúa en el ámbito de la seguridad social».[90] El Tribunal de Justicia se limitó a citar el apartado 20 de la sentencia Foster y dejó en manos del órgano jurisdiccional nacional la tarea de determinar si podía oponerse a ese demandado una disposición del Derecho de la Unión con efecto directo (el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 2003/88).[91] De nuevo, no se determinó expresamente si dicho demandado disponía de facultades exorbitantes.

68. En el asunto Carratù[92] el Tribunal de Justicia abordó la cuestión de las cláusulas de duración determinada de los contratos de trabajo. El demandado era Poste Italiane (el servicio de correos italiano). El razonamiento del Tribunal de Justicia sobre la cuestión de la emanación del Estado fue sucinta.[93] Señaló que Poste Italiane era un organismo cuyo titular exclusivo es el Estado italiano a través de su único accionista, el Ministerio de Economía y Hacienda, y que estaba sometido a la

84 Sentencia de 7 de septiembre de 2006 (C-180/04, EU:C:2006:518).

85 Apartado 24 de la sentencia.

86 Véanse los apartados 26 y 27 de la sentencia.

87 Sentencia de 19 de abril de 2007, Farrell I (C-356/05, EU:C:2007:229), apartados 40 y 41.

88 Sentencia de 24 de enero de 2012 (C-282/10, EU:C:2012:33).

89 Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo (DO 2003, L 299, p. 9).

90 Apartado 36 de la sentencia.

91 Apartados 39 y 40 de la sentencia.

92 Sentencia de 12 de diciembre de 2013 (C-361/12, EU:C:2013:830).

93 Todo lo relativo a este asunto se ha extraído de los apartados 29 a 31 de la sentencia.

supervisión del Estado y de la Corte dei Conti (Tribunal de Cuentas, Italia), uno de cuyos miembros pertenecía a su consejo de administración. En tales circunstancias, el Tribunal de Justicia concluyó que Poste Italiane cumplía el conjunto de los requisitos identificados en la sentencia Foster, de modo que figuraba «entre las entidades» a las que pueden oponerse el efecto directo vertical. [94]

69. Debo admitir que no estoy tan convencida de haber comprendido plenamente la sentencia Portgás (Sala Quinta), [95] dictada el mismo día que la sentencia Carratù (Sala Tercera).

70. En el momento de los hechos, Portgás era una sociedad anónima de Derecho portugués concesionaria del servicio público del gas con carácter exclusivo en el sentido del artículo 2 de la Directiva 93/38/CEE del Consejo. [96] Recibía cofinanciación de la Unión en el marco del Fondo Europeo de Desarrollo Regional, que se destinaba, en particular, a la adquisición de contadores de gas. A raíz de una auditoría, un órgano del Estado portugués [el director del Programa Operativo Norte] ordenó que se recuperase la ayuda financiera debido a que Portgás no había cumplido las normas de la Unión pertinentes contenidas en la Directiva 93/38 aplicables a dicho contrato público. Tales normas aún no habían sido transpuestas en el Derecho portugués. ¿Era Portgás una emanación del Estado con respecto al efecto directo de las directivas y, en caso afirmativo, podía el propio Estado portugués oponer una directiva aún no transpuesta a Portgás?

71. En sus conclusiones, el Abogado General Wahl llevó a cabo un análisis en dos fases: i) contra quién pueden oponerse y ii) quién puede invocar disposiciones directamente aplicables de una directiva de forma «vertical». Partió del apartado 20 de la sentencia Foster estimando que «consagraba» el criterio establecido por el Tribunal de Justicia en dicho asunto. [97] Concluyó que el hecho de que Portgás fuera un organismo concesionario de un servicio público y una entidad contratante en el sentido del artículo 2 de la Directiva 93/38 no entrañaba necesariamente que debiera considerarse una emanación del Estado, y que, dado que el órgano jurisdiccional remitente no había «aportado suficiente información respecto a Portgás con el fin de determinar si dicha empresa disponía, en el momento en que ocurrieron los hechos litigiosos, de facultades exorbitantes y estaba sometida al control de las autoridades públicas», incumbía a dicho órgano jurisdiccional determinar si se cumplían todos los requisitos «de conformidad con la norma formulada en la sentencia [Foster] y al enfoque seguido tradicionalmente por el Tribunal de Justicia en asuntos similares». [98] Sin embargo, si se determinaba que Portgás era una emanación del Estado, no veía obstáculo alguno para que el Estado invocara frente a dicha entidad las disposiciones directamente aplicables de la Directiva. [99]

94 Es interesante destacar que el Tribunal de Justicia no citó directamente la sentencia Foster, sino que se basó en la sentencia Kuso (sentencia de 12 de septiembre de 2013, C-614/11, EU:C:2013:544) (un asunto que fue resuelto mediante sentencia sin que se presentasen conclusiones), que se remite al apartado 20 de la sentencia Foster. Tampoco parece que se llegara a ninguna conclusión concreta sobre la cuestión del elemento de las «facultades exorbitantes» que integra el criterio desarrollado en la sentencia Foster.

95 Sentencia de 12 de diciembre de 2013 (C-425/12, EU:C:2013:829).

96 Directiva de 14 de junio de 1993 sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones (DO 1993, L 199, p. 84), en su versión modificada por la Directiva 98/4/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 1998 (DO 1998, L 101, p. 1).

97 Véanse el punto 35 y la nota 16 de esas conclusiones. De lo antedicho se desprende claramente que considero que el apartado clave de la sentencia Foster es el 18 y no el 20. A este respecto, procede observar que (en el punto 43 de sus conclusiones) el Abogado General Wahl cita las conclusiones del Abogado General van Gerven presentadas en el asunto Foster (C-188/89, EU:C:1990:188) como (único) precedente jurisprudencial de la proposición de que «el hecho de que se haya encomendado a una empresa privada, en su condición de concesionaria exclusiva, el cumplimiento de un servicio de interés público no es suficiente para que se le puedan oponer las disposiciones de una directiva no transpuesta en el ordenamiento jurídico interno. Se deberá comprobar que dicha empresa dispone de facultades exorbitantes y está sometida al control de las autoridades públicas». Dado que en la sentencia Foster el Tribunal de Justicia no se hizo eco de dicha propuesta, difícilmente el precedente citado puede ir más allá.

98 Véase el punto 45 de esas conclusiones. El Abogado General Wahl se refiere, «en particular, [a] las sentencias Collino y Chiappero, apartado 24; Farrell, apartado 41, y Domínguez, apartado 40», para fundamentar lo que denomina el «enfoque seguido tradicionalmente». Es posible que con ello el Abogado General únicamente pretendiera «dejar en manos del órgano jurisdiccional nacional la determinación de los hechos» (como hizo de hecho el Tribunal de Justicia en los tres asuntos citados). Si, por el contrario, pretendió afirmar que existe un «enfoque tradicional» consistente en exigir la concurrencia acumulativa de todos los elementos enumerados en el apartado 20 de la sentencia Foster para que un organismo pueda ser considerado una emanación del Estado, de lo señalado anteriormente (puntos 43 a 54) resulta claramente que, en mi opinión, ese enfoque no ha sido adoptado de forma consciente y sistemática en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

99 Véanse los puntos 62 a 66 de las conclusiones del Abogado General Wahl.

72. En su sentencia, el Tribunal de Justicia declaró en primer lugar que las disposiciones pertinentes de la Directiva 93/38 eran, de hecho, suficientemente precisas e incondicionales para tener efecto directo.[100] A continuación, se remitió al apartado 20 de la sentencia Foster, reproducido en las sentencias Collino y Chiappero (apartado 23), Rieser Internationale Transporte (apartado 24), Farrell I (apartado 40), y Domínguez (apartado 39).[101] De dicha jurisprudencia se desprende que, «aun cuando un particular esté comprendido en el ámbito de aplicación subjetivo de una Directiva, [...] ésta no puede[...] invocarse como [tal] en su contra ante los tribunales nacionales». (Estoy de acuerdo con dicha conclusión, pero entiendo que se deriva de la sentencia Faccini Dori,[102] y no de la jurisprudencia citada.)

73. Acto seguido el Tribunal de Justicia declaró que «así, [...] el mero hecho de que una empresa privada concesionaria exclusiva de un servicio público forme parte de las entidades a las que se refiere expresamente el ámbito de aplicación subjetivo de la Directiva 93/38 no lleva aparejado que puedan invocarse contra esa empresa las disposiciones de dicha Directiva».[103] En este caso, comparto plenamente la conclusión, pero por una razón ligeramente distinta. Desde mi punto de vista, el artículo 2 no hace más que establecer el ámbito de aplicación material de la Directiva 93/38. Consta claramente de dos partes: el artículo 2, apartado 1, letra a) (poderes públicos o empresas públicas) y el artículo 2, apartado 1, letra b) (entidades contratantes que *sin ser* poderes públicos ni empresas públicas ejercen, entre sus actividades, alguna de las contempladas en el artículo 2, apartado 2, y «go[zan] de derechos especiales o exclusivos concedidos por una autoridad competente de un Estado miembro»). No creo que esa definición del ámbito de aplicación material (que responde a la pregunta «¿quién tiene que cumplir esta directiva una vez transpuesta?») responda automáticamente a la pregunta distinta de si, «en caso de que esa directiva *no* se haya transpuesto, sus disposiciones directamente aplicables pueden invocarse frente a todos los organismos comprendidos en su ámbito de aplicación».

74. A continuación el Tribunal de Justicia observó que «es necesario que dicho servicio de interés público se preste bajo el control de una autoridad pública y que la citada empresa disponga de facultades exorbitantes en comparación con las normas aplicables en las relaciones entre particulares», basando dicha afirmación en los apartados 25 a 27 de la sentencia Rieser Internationale Transporte. Ya he analizado dicho asunto.[104] Esos tres apartados de la sentencia Rieser Internationale Transporte reflejaban la *aplicación* del apartado 20 de la sentencia Foster a los hechos concretos objeto del asunto Rieser Internationale Transporte y llevaban a la conclusión (expresada en el apartado 28, no citado en la sentencia Portgás) de que «tal organismo *figura*, cualquiera que sea su forma jurídica, entre las entidades a las que se pueden oponer las disposiciones de una directiva que puedan tener efecto directo».[105] Como tal, no respaldan la alegación de que es preciso en todo caso que concurran todos los elementos enumerados en el apartado 20 de la sentencia Foster para poder clasificar debidamente a un organismo como emanación del Estado.

100 Véanse los apartados 19 y 20 de la sentencia.

101 Véase mi anterior detallado análisis de cada uno de esos asuntos. Los apartados concretos que se citan en el apartado 24 de la sentencia Portgás se remiten al apartado 20 de la sentencia Foster (y la redacción de todos ellos deja claro que un organismo que cumple todos los requisitos previstos en él figura en la categoría de «emanaciones del Estado»). En mi opinión, los precedentes jurisprudenciales citados no respaldan la afirmación de que el apartado 20 de la sentencia Foster constituye una definición definitiva que engloba a todos los organismos que pueden ser emanaciones del Estado.

102 Sentencia de 14 de julio de 1994 (C-91/92, EU:C:1994:292), apartados 19 a 25 (en particular, los apartados 24 y 25).

103 Véase el apartado 25 de la sentencia.

104 Véanse los puntos 61 a 63 anteriores.

105 El subrayado es mío.

75. En los apartados 27 a 30, el Tribunal de Justicia analizó la información de que disponía sobre Portgás. Concluyó que, dado que no tenía ante sí todo el material concluyente necesario para determinar si Portgás *era* una emanación del Estado, incumbía al órgano jurisdiccional nacional llevar a cabo el correspondiente análisis (apartado 31, que contiene una nueva formulación del apartado 20 de la sentencia Foster).[106] En la segunda parte de la sentencia abordó la cuestión de si el propio Estado puede invocar una directiva no transpuesta frente a una emanación del Estado —cuestión que, al igual que el Abogado General, el Tribunal de Justicia respondió en sentido afirmativo—.[107]

76. Con todo el respeto, considero que, en el asunto Portgás, la Sala Quinta se basó en una interpretación incompleta del criterio que procedía aplicar. Tampoco creo que el afán por exigir la concurrencia de todos los elementos enumerados en el apartado 20 de la sentencia Foster esté reflejado en ningún otro lugar de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia posterior a dicho asunto.

77. A la luz de este análisis de la jurisprudencia posterior a la sentencia Foster procede concluir que el Tribunal de Justicia no ha optado necesariamente por adoptar un criterio restrictivo acumulativo de lo que constituye una emanación del Estado en lo que se refiere al efecto directo vertical de las directivas. Es cierto que ha tendido a citar el apartado 20 de la sentencia Foster más a menudo que el apartado 18 de esa misma sentencia. No obstante, desde mi punto de vista, en lo que respecta al resultado, el Tribunal de Justicia no ha insistido con rigor en que es preciso que concurran todos los elementos mencionados en él. Más bien, como hizo en la sentencia Foster, ha ofrecido una orientación concluyente y específica a los órganos jurisdiccionales nacionales en aquellos casos en los que estimó que disponía de suficientes datos para ello (en particular, en el asunto Rieser Internationale Transporte). En los demás casos, encomendó al órgano jurisdiccional la tarea de apreciar si concurría dicho criterio.[108]

78. Aun cuando mi apreciación fuera errónea, dado que la cuestión de cómo ha de definirse una emanación del Estado en lo que se refiere al efecto directo vertical de las directivas se ha sometido ahora a la consideración de la Gran Sala, el Tribunal de Justicia tiene la oportunidad de proporcionar las aclaraciones necesarias en el marco de la presente remisión prejudicial.

Inspiración de otros ámbitos del Derecho de la Unión

79. Llegados a este punto, procede detenerse para indagar si es posible extraer algún tipo de orientación de tres áreas del Derecho de la Unión —ayudas de Estado, normas que rigen la prestación de servicios de interés económico general («SIEG») y contratación pública— en las cuales el Tribunal de Justicia ya ha tenido que abordar cuestiones que, desde el punto de vista conceptual, no distan mucho del presente problema sobre cómo afinar el criterio establecido en la sentencia Foster sobre lo que constituye una emanación del Estado en lo que se refiere al efecto directo vertical de las directivas. En todos esos ámbitos se emplea el concepto de autoridad pública y prestación de servicios a cambio de una remuneración y el Estado entabla relación con distintos tipos de organismos o empresas. No pretendo sugerir que la normativa que se aplica en esos ámbitos del Derecho de la Unión pueda transponerse automáticamente o en su totalidad en el presente contexto. Sin embargo, cabe que sirvan de gran ayuda a la hora de establecer los criterios que han de adoptarse para trazar el límite entre «el Estado y sus emanaciones» y los «particulares».

106 En el párrafo segundo del fallo figura una versión ligeramente modificada de dicha reformulación. En lo que atañe a las «facultades exorbitantes», véanse asimismo los puntos 129 y ss. posteriores.

107 Desde entonces la doctrina ha dudado de que ese problema guarde relación en realidad con la cuestión del efecto directo (vertical u horizontal) de las directivas, como parecían sugerir el Abogado General y el Tribunal de Justicia (haciendo especial hincapié en cambio en la obligación del Estado miembro de velar por el cumplimiento de la directiva). Véase, por ejemplo, Albors-Llorens, A., «The direct effect of EU Directives: fresh controversy or a storm in a tea-cup? Comment on Portgás», *European Law Review*, 2014, p. 851.

108 Véanse los puntos 58, 60, 65, 66 y 67 anteriores.

– Ayudas de Estado (artículo 107 TFUE)

80. A menudo resulta necesario apreciar si una determinada medida constituye una ayuda de Estado a los efectos del artículo 107 TFUE. En ese contexto, se recurre al criterio de si una medida concreta que favorece a una empresa es «de origen estatal» para determinar si esa medida ha de considerarse «ayudas otorgadas por los Estados o mediante fondos estatales». El origen estatal de la medida enlaza, por un lado, con el concepto de imputabilidad de la medida al Estado y, por otro, con el concepto de utilización de fondos estatales.

81. Cuando una autoridad pública concede una ventaja a un beneficiario, dicha medida es, por definición, imputable al Estado, aun cuando la autoridad de que se trate disponga de autonomía jurídica de otras autoridades públicas. [109] Según reiterada jurisprudencia, no cabe distinguir entre aquellos casos en los que el Estado concede directamente la ayuda y aquellos otros en los que la ayuda la conceden organismos públicos o privados que el Estado instituye o designa para gestionar la ayuda. [110] Se aplica el mismo principio cuando la autoridad pública designa a un organismo público o privado para gestionar la medida que confiere una ayuda. El Derecho de la Unión no puede admitir que el hecho de crear instituciones autónomas encargadas de la distribución de ayudas permita eludir las normas relativas a las ayudas de Estado. [111]

82. Cuando quien concede la ventaja es una empresa pública, resulta menos evidente que la medida pueda imputarse al Estado. [112] En esos supuestos resulta necesario determinar si cabe concluir que las autoridades públicas intervinieron de algún modo en la adopción de dicha medida. El mero hecho de que una medida sea adoptada por una empresa pública no basta para que esta pueda imputarse al Estado. [113] Sin embargo, no es preciso demostrar, en cada caso, que las autoridades públicas incitaron específicamente a la empresa pública a adoptar la medida en cuestión. [114]

83. Habida cuenta de las estrechas relaciones existentes entre el Estado y las empresas públicas, existe un peligro real de que a través de ellas se concedan ayudas de Estado con poca transparencia y sin respetar el régimen de ayudas de Estado que establece el Tratado. [115] Además, precisamente a causa de las relaciones privilegiadas existentes entre el Estado y las empresas públicas, por lo general resultará muy difícil para un tercero demostrar que unas medidas adoptadas por una empresa pública en un caso concreto fueron efectivamente decididas siguiendo las instrucciones de las autoridades públicas. [116]

109 Véase la Comunicación de la Comisión relativa al concepto de ayuda estatal conforme a lo dispuesto en el artículo 107, apartado 1, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en lo sucesivo, «Comunicación de la Comisión sobre ayuda estatal»). Dicha notificación fue actualizada por última vez en junio de 2016 (DO 2016, C 262, p. 1).

110 Sentencia de 16 de mayo de 2002, Francia/Comisión (C-482/99, EU:C:2002:294), apartado 23.

111 Sentencias de 16 de mayo de 2002, Francia/Comisión (C-482/99, EU:C:2002:294), apartado 23 y jurisprudencia citada, y de 20 de noviembre de 2003, GEMO (C-126/01, EU:C:2003:622), apartado 23. Véase, asimismo, la sentencia de 12 de diciembre de 1996, Air France/Comisión (T-358/94, EU:T:1996:194), apartado 62. Véanse, por último, las conclusiones de la Abogado General Kokott presentadas en el asunto UTECA (C-222/07, EU:C:2008:468), punto 124.

112 Véase, en este sentido, la sentencia de 16 de mayo de 2002, Francia/Comisión (C-482/99, EU:C:2002:294), apartado 24. Puede hallarse una definición útil de empresa pública en la Directiva 2006/111/CE de la Comisión, de 16 de noviembre de 2006, relativa a la transparencia de las relaciones financieras entre los Estados miembros y las empresas públicas, así como a la transparencia financiera de determinadas empresas (DO 2006, L 318, p. 17). El artículo 2, letra b), de dicha Directiva establece que por «empresas públicas» se entiende «cualquier empresa en la que los poderes públicos puedan ejercer, directa o indirectamente, una influencia dominante en razón de la propiedad, de la participación financiera o de las normas que la rigen».

113 Sentencia de 16 de mayo de 2002, Francia/Comisión (C-482/99, EU:C:2002:294), apartado 52. Véase, asimismo, la sentencia de 26 de junio de 2008, SIC/Comisión (T-442/03, EU:T:2008:228), apartados 93 a 100.

114 Sentencia de 16 de mayo de 2002, Francia/Comisión (C-482/99, EU:C:2002:294), apartado 53. Tampoco es necesario demostrar que, en un determinado caso, la conducta de la empresa pública habría sido diferente si hubiera actuado con autonomía: véase la sentencia de 25 de junio de 2015, SACE y Sace BT/Comisión (T-305/13, EU:T:2015:435), apartado 48.

115 Sentencia de 16 de mayo de 2002, Francia/Comisión (C-482/99, EU:C:2002:294), apartado 53.

116 Sentencia de 16 de mayo de 2002, Francia/Comisión (C-482/99, EU:C:2002:294), apartado 54.

84. Por estas razones, la imputabilidad al Estado de una medida adoptada por una empresa pública puede *deducirse de un conjunto de indicios* derivados de las circunstancias del asunto y del contexto en el que se produjo la medida. [117]

85. En lo que respecta al uso de fondos estatales, en general únicamente pueden constituir ayudas de Estado en el sentido del artículo 107 TFUE, apartado 1, las ventajas concedidas directa o indirectamente a través de fondos estatales. Sin embargo, la jurisprudencia demuestra que, en determinadas circunstancias, los fondos de organismos privados también pueden considerarse fondos estatales a los efectos del artículo 107 TFUE, apartado 1. El origen de los fondos carece de pertinencia siempre y cuando, antes de ser directa o indirectamente transferidos a los beneficiarios, pasen a estar bajo el control y, por tanto, a disposición de las autoridades nacionales. [118] No es necesario que los fondos pasen a ser propiedad de la autoridad pública. [119]

86. ¿Significa esto que basta con que una empresa u organismo reciba financiación con cargo a los presupuestos del Estado y dicha financiación se realice en condiciones que permiten calificarla como ayuda de Estado en el sentido del artículo 107 TFUE para que el beneficiario se convierta en una emanación del Estado en lo que se refiere al efecto directo vertical de las directivas? No creo. Entonces, en mi opinión, un banco privado o una mina de carbón que se hayan beneficiado de una ayuda a la reestructuración no se conviertan en emanaciones del Estado en el sentido de la jurisprudencia derivada de la sentencia Foster. Por otro lado, tampoco considero que el mero hecho de que una empresa u organismo sean pagados con cargo a fondos públicos para suministrar bienes o servicios la convierta en una emanación del Estado. Así, una empresa responsable de suministrar material de oficina a un ministerio del gobierno en virtud de un contrato adjudicado tras un procedimiento de licitación no estaría comprendida en dicha definición.

– *SIEG*

87. Las empresas encargadas de prestar SIEG en el sentido del artículo 106 TFUE, apartado 2, están «sometidas a las normas de los Tratados, en especial a las normas sobre competencia, 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». [120] Cuando estén comprendidas en el ámbito de dicha disposición, el hecho de que tales empresas reciban fondos estatales o de que se les hayan concedido derechos especiales o exclusivos no lleva a la conclusión de que la correspondiente medida constituya una ayuda de Estado (prohibida). Los cuatro requisitos que se aplican para determinar si una determinada empresa presta SIEG están definidos en la bien conocida sentencia Altmark. [121]

117 Sentencia de 16 de mayo de 2002, Francia/Comisión (C-482/99, EU:C:2002:294), apartado 55 (el subrayado es mío). Los posibles indicios de imputabilidad figuran enumerados en el apartado 3.1.1. de la Comunicación de la Comisión sobre ayuda estatal. Entre ellos se incluyen la integración de la empresa en la estructura de la Administración Pública, el hecho de que la empresa a través de la que se concedió la ayuda estuviera obligada a tener en cuenta directrices de organismos gubernamentales, la naturaleza de las actividades de la empresa pública y si opera en el mercado en condiciones normales de competencia con operadores privados.

118 Véanse, por ejemplo, las sentencias de 17 de julio de 2008, Essent Netwerk Noord y otros (C-206/06, EU:C:2008:413), apartado 70, y de 16 de mayo de 2000, Francia/Ladbroke Racing y Comisión (C-83/98 P, EU:C:2000:248), apartado 50.

119 Véase la sentencia de 12 de diciembre de 1996, Air France/Comisión (T-358/94, EU:T:1996:194), apartados 65 a 67, relativa a una ayuda concedida por la Caisse des Dépôts et Consignations financiada mediante depósitos voluntarios de particulares que podían retirarse en cualquier momento. Habida cuenta de que la Caisse des Dépôts et Consignations podía utilizar el saldo entre los ingresos y los reintegros de fondos como si quedasen definitivamente a su disposición, se consideró que dicho saldo constituía fondos estatales. Véase asimismo la sentencia de 16 de mayo de 2000, Francia/Ladbroke Racing y Comisión (C-83/98 P, EU:C:2000:248), apartado 50.

120 Esa disposición también engloba a las empresas «que tengan el carácter de monopolio fiscal». En mi opinión, esa categoría no resulta pertinente a efectos del presente análisis.

121 Sentencia de 24 de julio de 2003, Altmark Trans y Regierungspräsidium Magdeburg (C-280/00, EU:C:2003:415; en lo sucesivo, «sentencia Altmark»), apartados 89 y ss.

88. El primer requisito que impone la sentencia Altmark, y el único de los cuatro que resulta pertinente a los presentes efectos, exige que «la empresa beneficiaria debe estar efectivamente encargada de la ejecución de obligaciones de servicio público y éstas deben estar claramente definidas». El Tribunal General añadió dos requisitos más posteriormente: «la *existencia de un acto del poder público que encomiende a los operadores* afectados una misión SIEG, así como del carácter universal y obligatorio de esta misión» y que «los Estados miembros deben indicar las razones por las cuales estiman que el servicio en cuestión merece, *como consecuencia de su carácter específico*, ser calificado como SIEG y *distinguirse de otras actividades económicas*». [122]

89. Dicha jurisprudencia, junto con la práctica de la Comisión con respecto a las empresas que alegan prestar SIEG, [123] demuestran que esos servicios guardan relación con *actividades comprendidas en el ámbito de las funciones estatales especiales de interés público que, por algún motivo, el Estado ha decidido encomendar a un tercero*. Abordando esta cuestión desde una perspectiva un tanto diferente: las autoridades públicas de los Estados miembros (nacionales, regionales o locales, en función de la atribución de competencias con arreglo al Derecho nacional) clasifican los servicios que han de prestarse como de interés general y, por consiguiente, los someten a obligaciones de servicio público concretas. La expresión SIEG abarca tanto las actividades económicas como la prestación de servicios de carácter no económico. [124]

90. La característica básica de una empresa que presta SIEG es que suministra algo que redunda en beneficio general y que no se suministraría (o que suministraría en condiciones distintas de calidad objetiva, seguridad, asequibilidad, igualdad de trato o acceso universal) en el mercado libre sin una intervención pública (el denominado «criterio de fallo del mercado»). [125] Un ejemplo claro de ello es la gestión de una farmacia en una zona rural remota. Por lo tanto, el Tribunal de Justicia ha declarado que los SIEG son servicios que presentan características especiales en comparación con las de otras actividades económicas. [126] Conforme a reiterada jurisprudencia, las autoridades públicas de los Estados miembros disponen de un amplio margen de apreciación a la hora de definir lo que consideran SIEG, y la definición de estos servicios por parte de un Estado miembro solo puede ser cuestionada por la Comisión en caso de error manifiesto. [127] Es destacable (pero no sorprendente) que el alcance y la organización de los SIEG varíe considerablemente de un Estado miembro a otro, dependiendo de la

122 Véase la sentencia de 12 de febrero de 2008, BUPA y otros/Comisión (T-289/03, EU:T:2008:29), apartado 172 (el subrayado es mío). Véase también la sentencia de 10 de diciembre de 1991, Merci convenzionali Porto di Genova (C-179/90, EU:C:1991:464), apartado 27.

123 Véase el documento de trabajo de la Comisión de 29 de abril de 2013, Guía relativa a la aplicación a los servicios de interés económico general y, en particular, a los servicios sociales de interés general, de las normas de la Unión Europea en materia de ayudas estatales, de contratos públicos y de Mercado Interior [SWD(2013) 53 final/2]. Véase, asimismo, la Comunicación de la Comisión sobre el Marco de la Unión Europea sobre ayudas estatales en forma de compensación por servicio público (2011) (DO 2012, C 8, p. 15).

124 Comunicación de 20 de diciembre de 2011 de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: Un marco de calidad para los servicios de interés general en Europa (COM/2011/0900 final), p. 3.

125 *Ibídem*, p. 3. Véase, asimismo, la Comunicación de la Comisión — Los servicios de interés general en Europa (DO 2001, C 17, p. 4), apartado 14, que dispone que «si los poderes públicos consideran que ciertos servicios son de interés general y las fuerzas del mercado no pueden prestarlos satisfactoriamente, pueden establecer en forma de obligaciones de servicio de interés general varias prestaciones de servicios concretas con objeto de satisfacer estas necesidades». Véase, en particular, en el contexto de las ayudas de Estado en el sector de las redes de banda ancha, la Comunicación de la Comisión — Directrices de la Unión Europea para la aplicación de las normas sobre ayudas estatales al despliegue rápido de redes de banda ancha (DO 2013, C 25, p. 1), apartado 20, según el cual «la Comisión considera que, en las zonas en que los inversores privados ya han invertido en una infraestructura de red de banda ancha (o estén en proceso de ampliar la red) y ya prestan servicios de banda ancha competitivos con una cobertura adecuada, la creación de una infraestructura paralela competitiva de banda ancha financiada con fondos públicos no puede considerarse un SIEG en el sentido del artículo 106, apartado 2, del TFUE». Véase también la sentencia de 16 de septiembre de 2013, Colt Télécommunications France/Comisión (T-79/10, no publicada, EU:T:2013:463), apartado 154, en la que el Tribunal General declaró que «la existencia de un fallo del mercado es un requisito previo para que una actividad pueda calificarse como [SIEG]».

126 Sentencias de 10 de diciembre de 1991, Merci convenzionali porto di Genova (C-179/90, EU:C:1991:464), apartado 27; de 17 de julio de 1997, GT-Link (C-242/95, EU:C:1997:376), apartado 53, y de 18 de junio de 1998, Corsica Ferries France (C-266/96, EU:C:1998:306), apartado 45.

127 Véanse, por ejemplo, las conclusiones del Abogado General Tizzano presentadas en el asunto Ferring (C-53/00, EU:C:2001:253), punto 51. Véase también la sentencia de 15 de junio de 2005, Olsen/Comisión (T-17/02, EU:T:2005:218), apartado 216 y jurisprudencia citada; véase asimismo la Comunicación de la Comisión relativa a la aplicación de las normas de la Unión Europea en materia de ayudas estatales a las compensaciones concedidas por la prestación de servicios de interés económico general (DO 2012, C 8, p. 4), apartado 46.

historia y cultura de intervención pública de cada Estado miembro. Por consiguiente, los SIEG son muy diversos. Las necesidades y preferencias de los usuarios difieren en función del entorno geográfico, social y cultural. Pues bien, incumbe (lógicamente) a las autoridades públicas de cada Estado miembro determinar la naturaleza y alcance de lo que califican de servicio de interés general.

91. Para prestar SIEG el proveedor deberá aceptar determinadas limitaciones o tareas específicas que no se aplicarían si prestara servicios similares en régimen de autonomía financiera. Entre ellas cabe señalar, a título meramente enunciativo, prestar los servicios con carácter universal a todo aquel que los solicite (en lugar de tener la libertad de seleccionar sus propios clientes), tener que prestar esos servicios en todo caso (en lugar de poder elegir cuándo y dónde se prestarán) y tener que prestar el servicio al margen de que tenga sentido desde el punto de vista comercial suministrarlo a un cliente en particular o en determinadas circunstancias. Como contrapartida, la empresa que preste SIEG normalmente se beneficiará de algún tipo de derecho exclusivo y percibirá del Estado un pago superior al precio que se abonaría en circunstancias normales de mercado a cambio del servicio suministrado.

92. En algunos casos, la prestación de SIEG también puede entrañar la concesión de facultades exorbitantes en el sentido de la jurisprudencia Foster (por ejemplo, la potestad de aplicar medidas coercitivas a los particulares) *pero no necesariamente será así*. Volveré sobre esta importante cuestión más adelante. [128]

– *Contratación pública*

93. En el Derecho de la contratación pública de la Unión, el concepto de «Estado» y sus emanaciones coincide con el de «poder adjudicador». A su vez, dicho concepto determina si un contrato debe ser adjudicado respetando la normativa sobre contratación pública o si puede adjudicarse con arreglo a otro procedimiento. [129]

94. El artículo 2, apartado 1, punto 1, de la Directiva 2014/24 define la expresión «poderes adjudicadores» como «el Estado, las autoridades regionales o locales, los organismos de Derecho público o las asociaciones formadas por uno o varios de dichos poderes o uno o varios de dichos organismos de Derecho público». En virtud del artículo 2, apartado 1, punto 4, por «organismo de Derecho público» se entenderá «cualquier organismo que reúna todas las características siguientes: a) que se haya creado específicamente para *satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil*; b) que esté dotado de *personalidad jurídica propia*, y c) que *esté financiado mayoritariamente por el Estado*, las autoridades regionales o locales, u otros organismos de Derecho público, *o cuya gestión esté sujeta a la supervisión de dichas autoridades u organismos*, o que tenga *un órgano de administración, de dirección o de supervisión*, en el que más de la mitad de los miembros sean nombrados por el Estado, las autoridades regionales o locales, u otros organismos de Derecho público». [130]

128 Véanse los puntos 129 y ss. posteriores.

129 Véase el artículo 1, apartado 1, de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE (DO 2014, L 94, p. 65). El artículo 1, apartado 4, subraya que «la presente Directiva no afecta a la libertad de los Estados miembros de definir, de conformidad con el Derecho de la Unión, lo que consideran [SIEG], cómo deben organizarse y financiarse dichos servicios con arreglo a las normas sobre las ayudas estatales y a qué obligaciones específicas deben estar sujetos. Del mismo modo, la presente Directiva no afectará a la decisión de las autoridades públicas de decidir si desean asumir ellas mismas determinadas funciones públicas, en qué forma y en qué medida, en virtud del artículo 14 del TFUE y del Protocolo n.º 26».

130 El subrayado es mío.

95. Estos requisitos acumulativos [131] no solo conciernen al *estatuto jurídico* (personalidad jurídica) y a su *vínculo orgánico* con el Estado (mediante financiación o control), sino también a la *función especial de interés público* del poder adjudicador (satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil).

96. A primera vista, puede parecer que esa definición es más estricta que el criterio clásico establecido en la sentencia Foster. Sin embargo, en la práctica, el Tribunal de Justicia la ha interpretado de forma amplia y flexible, teniendo en cuenta las circunstancias específicas de cada caso.

97. De este modo, en la sentencia University of Cambridge, el Tribunal de Justicia estimó que «aunque el modo de financiarse de un organismo determinado puede resultar revelador de su estrecha dependencia respecto de otra entidad adjudicadora, es preciso hacer constar que este criterio no tiene carácter absoluto. No toda suma abonada por una entidad adjudicadora tiene por efecto crear o reforzar una relación específica de subordinación o de dependencia. Únicamente cabrá calificar de "financiación pública" aquellas prestaciones que financien o apoyen las actividades de la entidad de que se trate mediante una ayuda económica abonada sin contraprestación específica». [132] De ello se desprendía que la expresión «"financiada por [una o varias entidades adjudicadoras]", que figura en el artículo 1, letra b), párrafo segundo, tercer guion, de cada una de las Directivas 92/50, 93/36 y 93/37, debe interpretarse en el sentido de que en ella se incluyen las becas o subvenciones concedidas por una o varias entidades adjudicadoras para fomentar la labor investigadora, así como las becas para estudiantes que las autoridades locales competentes en materia de educación abonan a las universidades para cubrir los gastos académicos de determinados estudiantes. En cambio, no constituyen financiación pública, a efectos de dichas Directivas, las sumas abonadas por una o varias entidades adjudicadoras, bien en el marco de un contrato de prestación de servicios que comprenda trabajos de investigación, bien como contrapartida por la prestación de otros servicios, tales como asesoramiento u organización de conferencias». [133]

98. En la sentencia Mannesmann Anlagenbau, el Tribunal de Justicia declaró que una entidad como la Österreichische Staatsdruckerei, cuya actividad consistía en imprimir con el procedimiento de rotograbado «heatset», que fue constituida en virtud de una ley y que desarrollaba actividades de interés general pero también de carácter mercantil, debía ser considerada un organismo de Derecho público y, en consecuencia un poder adjudicador: por lo tanto, los contratos de obras de cualquier naturaleza celebrados con dicha entidad debían ser considerados contratos públicos de obras. [134] El Tribunal de Justicia entendió básicamente que, desde el momento en que un organismo desarrolla parte de sus actividades en aras del interés general, dicho organismo queda comprendido en el ámbito de aplicación de la Directiva sobre contratación pública con respecto a todas sus licitaciones.

99. En la sentencia Adolf Truley, el Tribunal de Justicia subrayó que el concepto de «necesidades de interés general» debe ser objeto en toda la Unión Europea de una interpretación autónoma y uniforme teniendo en cuenta el contexto y la finalidad de la directiva. [135] El Tribunal de Justicia desarrolló ese planteamiento en su sentencia Comisión/España, declarando que «la existencia o la ausencia de una necesidad de interés general que no tenga carácter industrial o mercantil ha de apreciarse teniendo en cuenta todos los elementos jurídicos y fácticos pertinentes, tales como las

131 El Tribunal de Justicia confirmó el carácter acumulativo de estos tres requisitos en la sentencia de 15 de enero de 1998, Mannesmann Anlagenbau Austria y otros (C-44/96, EU:C:1998:4), apartado 21. Véase, además, la sentencia de 16 de octubre de 2003, Comisión/España (C-283/00, EU:C:2003:544), apartado 69.

132 Sentencia de 3 de octubre de 2000, University of Cambridge (C-380/98, EU:C:2000:529), apartado 21.

133 Sentencia de 3 de octubre de 2000, University of Cambridge (C-380/98, EU:C:2000:529), apartado 26. El Tribunal de Justicia añadió que la calificación de «entidad adjudicadora» de un organismo como la Universidad debía efectuarse sobre una base anual y el período que debía considerarse más adecuado para calcular el modo de financiación de dicho organismo era el ejercicio presupuestario en que se iniciaba el procedimiento de adjudicación de un contrato determinado (apartados 40 y 41).

134 Sentencia de 15 de enero de 1998, Mannesmann Anlagenbau Austria y otros (C-44/96, EU:C:1998:4), apartado 35.

135 Sentencia de 27 de febrero de 2003, Adolf Truley (C-373/00, EU:C:2003:110), apartados 33 a 40.

circunstancias que hayan rodeado la creación del organismo de que se trate y las condiciones en que ejerce su actividad, incluidas, en particular, la falta de competencia en el mercado, la falta de ánimo de lucro como objetivo principal, la no asunción de los riesgos derivados de dicha actividad, así como la eventual financiación pública de la actividad de que se trate». [136]

100. En general, son necesidades de interés general, concepto clave para dilucidar si un organismo ejerce una función especial de interés público, aquellas «necesidades que, por una parte, no se satisfacen mediante la oferta de bienes o servicios en el mercado, y que, por otra parte, por razones de interés general, el Estado decide satisfacerlas por sí mismo o respecto a las cuales quiere conservar una influencia determinante». [137]

101. Procede detenerse un momento para hacer balance y plantearse ciertos interrogantes: ¿deben considerarse emanaciones del Estado todos aquellos organismos o empresas que tienen atribuida una función especial de interés público que se corresponde con el primer requisito previsto en la sentencia Altmark, o a los que se ha encomendado la prestación de SIEG? Si la respuesta a cualquiera de esas preguntas es afirmativa (y, desde luego, al margen de que ello constituya un requisito suficiente o simplemente necesario para quedar comprendidos en dicha definición), ¿debe cumplirse además el requisito de que esa función especial de interés público esté claramente definida como tal por el marco legal o regulador pertinente? Dicho requisito adicional podría servir de gran ayuda para acrecentar la seguridad jurídica, tanto para el organismo o empresa en cuestión como para el particular que pretende invocar el efecto directo vertical de las directivas. Además, una vez que un organismo constituye una emanación del Estado con respecto a algunas de las actividades que desarrolla, ¿debe considerarse que lo es en relación con todas sus actividades o resultaría excesivo hacerlo?

102. Dos ejemplos pueden ser de utilidad llegados a este punto para poner de manifiesto los problemas prácticos que plantea aplicar el criterio establecido en la sentencia Foster tal y como está configurado en la actualidad.

103. En mi primer ejemplo, X es una empresa que presta servicios de seguridad. Tiene dos contratos. Uno de ellos es con un gran despacho de abogados que quiere cerciorarse de que sus oficinas cuentan con un sistema de seguridad adecuado. El otro es con el Gobierno central, que ha externalizado determinadas funciones de vigilancia en una prisión de media seguridad. Desde el punto de vista objetivo, los servicios efectivamente prestados en ambos contextos son prácticamente idénticos. El primer contrato es un contrato ordinario sujeto a Derecho privado entre dos entidades de Derecho privado. El segundo contrato exige a X desempeñar una función especial de interés público que le ha encomendado el Estado. X ejerce, por delegación, facultades propias del Estado y de hecho dispone de facultades exorbitantes (en particular, la facultad de detención).

104. En mi segundo ejemplo, Y es una empresa que presta servicios de ferri. Opera en dos rutas. Una de ellas es una ruta muy popular, con gran cantidad de potenciales clientes, tanto de carga como de pasajeros. Otras dos empresas compiten con Y en esa ruta, pero existe margen de enriquecimiento e Y puede decidir, en función de la demanda, el nivel de los servicios de ferri que presta. Esa ruta constituye una propuesta comercial interesante. La otra ruta transcurre entre el continente y una pequeña isla remota. El servicio de ferri conecta a la isla con el mundo exterior. Anteriormente esa ruta estaba gestionada bajo el control directo del Gobierno local, pero este ha decidido abrir el contrato a licitación para designar a un (único) proveedor del servicio. Esa ruta es lo contrario a una propuesta comercial interesante. El poder adjudicador ha establecido que el servicio de ferri debe operar durante todo el año, al margen de la climatología y del número de pasajeros o cantidad de carga que esté a bordo en un determinado buque para un trayecto concreto. Y participa en la

136 Sentencia de 16 de octubre de 2003, Comisión/España (C-283/00, EU:C:2003:544), apartado 81.

137 Sentencia de 10 de mayo de 2001, Agorà y Excelsior (C-223/99 y C-260/99, EU:C:2001:259), apartado 37.

licitación y se adjudica el contrato. Cuando opera en la primera ruta, Y es un operador comercial normal. Cuando opera la segunda ruta, Y ejerce una función especial de interés público. Es evidente que los servicios de ferri con destino a la isla están comprendidos en la categoría de SIEG. En las condiciones impuestas por la autoridad local, el contrato no es muy atractivo desde una perspectiva meramente comercial. Aunque Y pueda solicitar algún tipo de trato preferente o exclusividad, o facultades exorbitantes, esos elementos no son esenciales para la prestación del SIEG y puede que no sean concedidos.

105. De estos dos ejemplos parece desprenderse que, en función de las circunstancias concretas, el mismo organismo puede ser una emanación del Estado con respecto a algunas de sus actividades y no serlo con respecto a otras. Es importante destacar que esa distinción *no* depende de la *condición* en la que actúe dicho organismo. De las sentencias Marshall y Foster resulta claramente que ello carece de pertinencia. En efecto, tanto X como Y actúan en la misma condición en las dos situaciones expuestas en cada uno de los ejemplos anteriores. En cambio, la principal diferencia que existe en cada uno de esos ejemplos es que, en un caso, el organismo actúa exclusivamente con fines comerciales, mientras que en el otro, el mismo organismo desempeña una función especial de interés público. De esos ejemplos se deprende también que, mientras que X dispone de «facultades exorbitantes» cuando ejerce su función especial de interés público, no ocurre lo mismo en el caso de Y.

106. Procede retomar la segunda cuestión prejudicial del órgano jurisdiccional remitente teniendo en cuenta estas consideraciones.

107. En primer lugar, estimo que el principio subyacente determinante se desprende claramente de la jurisprudencia consolidada. Consiste en que un particular puede oponer disposiciones precisas e incondicionales de una directiva al Estado, independiente de cuál sea la condición en la que este último actúa, porque «procede evitar que el Estado pueda obtener ventajas de su incumplimiento del Derecho [de la Unión]».[138]

108. En segundo lugar, procede insistir en la cuestión (quizá evidente) de que conceder derechos a los particulares a menudo tiene un precio. Pues bien, por poner un único ejemplo, la concesión de derechos laborales protegidos obliga al empresario a mantener en su puesto al trabajador de que se trata o a abonar una indemnización por incumplimiento del contrato de trabajo.

109. En tercer lugar, el concepto de emanación del Estado en lo que se refiere al efecto directo vertical debe ser un concepto autónomo del Derecho de la Unión. Ese concepto determina directamente quién puede y quién no puede invocar derechos directamente aplicables conferidos por una directiva que no ha sido debida y puntualmente transpuesta por un Estado miembro. El requisito fundamental de que el Derecho de la Unión se aplique de modo uniforme en toda la Unión Europea[139] impide que se adopte una definición cuyo alcance pueda variar en función de las diversas definiciones que se aplican en los distintos sistemas jurídicos nacionales de lo que constituye un «servicio público» o «facultades exorbitantes» o de lo que se considere «el Estado» con arreglo al Derecho constitucional nacional.

138 Véanse, *inter alia*, las sentencias de 26 de febrero de 1986, Marshall (C-152/84, EU:C:1986:84), apartado 49; de 12 de julio de 1990, Foster y otros (C-188/89, EU:C:1990:313), apartado 17, y de 14 de septiembre de 2000, Collino y Chiappero (C-343/98, EU:C:2000:441), apartado 23. En el punto 30 de sus conclusiones presentadas el 18 de septiembre de 2013 en el asunto Portgás (C-425/12, EU:C:2013:623), el Abogado General Wahl consideró (citando el apartado 47 de la sentencia Marshall) que «[…] el reconocimiento del efecto directo de las directivas se basa, en definitiva, en dos objetivos complementarios: la necesidad de garantizar de modo eficaz los derechos que pueden corresponder a los particulares con arreglo a tales actos y el deseo de sancionar a las autoridades nacionales que no han respetado el efecto obligatorio y de garantizar su aplicación efectiva». Estoy completamente de acuerdo con la primera parte de esa afirmación. Sin embargo, en la medida en que no solo resoluciones posteriores, sino también la propia sentencia Marshall, dejan claro que los organismos que no han tenido nada que ver con (y que no podían influir en) que el Estado no transpusiera la Directiva siguen estando obligados a respetar las disposiciones directamente aplicables de dicha Directiva en virtud del principio de efecto directo vertical si son consideradas emanación del Estado, me temo que no puedo aceptar plenamente la segunda.

139 Véanse, *inter alia*, las sentencias de 21 de mayo de 1985, Schul Douane-Expediteur (47/84, EU:C:1985:216), apartado 17; de 3 de julio de 2012, UsedSoft (C-128/11, EU:C:2012:407), apartado 40; de 9 de noviembre de 2016, Wathelet (C-149/15, EU:C:2016:840), apartado 29, y de 2 de marzo de 2017, J. D. (C-4/16, EU:C:2017:153), apartado 24.

110. En cuarto lugar, precisamente a raíz de la diversidad de la terminología y de las definiciones nacionales, la definición de Derecho de la Unión de lo que constituye una emanación del Estado debe formularse necesariamente en términos abstractos.

111. En quinto lugar, las cosas han cambiado mucho desde que el Tribunal de Justicia dictara su sentencia Foster en 1990. Muchos Estados miembros han incrementado de forma notable el número de funciones que ya no desempeñan «internamente». La naturaleza de las entidades a las que encomiendan esas funciones también se ha diversificado. Si bien el proceso de privatización de activos del Estado y, con ellos, de la funciones que antes desempeñaba el Estado (como en el asunto Marshall) no ha cesado, ahora también resulta posible que esas funciones se transfieran a «asociaciones público-privadas» mediante contrato o concesión.

112. Comencemos por aclarar lo que *no* resulta pertinente a efectos de esa definición.

113. Para empezar, de la propia sentencia Foster y de la jurisprudencia posterior (en particular de las sentencias Rieser Internationale Transporte y Sozialhilfeverband Rohrbach) se deprende claramente que la forma jurídica del demandado carece de pertinencia. [140]

114. A continuación, también es evidente que no es necesario que «el Estado» esté en condiciones de dirigir o ejercer un control de las operaciones de dicho organismo de forma permanente. [141] En este sentido, considero que el elemento característico del criterio anterior consistente en que un organismo esté «sometido al control de la autoridad pública» ha sido superado.

115. También está claro que, si el Estado posee o controla *efectivamente* al organismo en cuestión, este será una emanación del Estado. [142] Creo que ello es legítimo: el Estado deberá pues pagar por respetar los derechos conferidos por la directiva que debería haber transpuesto al Derecho nacional.

116. Asimismo, cualquier parte de la «maquinaria del Estado» —las autoridades municipales, regionales o locales y los organismos análogos— será, con toda lógica, una emanación del Estado. En efecto, desde el punto de vista orgánico, pueden considerarse simplemente parte del Estado y, por ende, ser tratados como tal sin más indagaciones. [143]

117. Desde mi punto de vista, el elemento característico del criterio anterior consistente en que un organismo esté «sometido al control de la autoridad pública» también precisa de aclaraciones adicionales llegados a este punto. En mi opinión, de la jurisprudencia posterior a la sentencia Foster se desprende que esa expresión debe interpretarse en el sentido de que el Estado ha creado las circunstancias y los mecanismos en los que ese organismo puede actuar.

118. Por último, la cuestión de la financiación no es determinante: no es preciso que un organismo esté financiado por el Estado para ser emanación suya. [144]

140 Véanse, en particular, los puntos 35, 49 y 62 anteriores.

141 Véase el punto 65 anterior.

142 Véase el punto 68 anterior.

143 La jurisprudencia anterior a la sentencia Foster, citada en su apartado 19, ya ponía de manifiesto que determinados organismos que estructuralmente formaban parte del Estado debían considerarse parte del propio Estado, en particular, las autoridades tributarias (sentencias de 19 de enero de 1982, Becker, 8/81, EU:C:1982:7, y de 22 de febrero de 1990, Busseni, C-221/88, EU:C:1990:84), y los entes territoriales (sentencia de 22 de junio de 1989, Costanzo, C-103/88, EU:C:1989:256).

144 Véanse los puntos 61 y 62 anteriores.

119. Los restantes elementos esenciales del listado que, tomados en su conjunto, integran el criterio que determina si un organismo en particular es o no una emanación del Estado en lo que se refiere al efecto directo vertical de las directivas abordan esa cuestión desde una perspectiva funcional («¿ejerce el organismo en cuestión funciones que, en cierto sentido son, "propias del Estado"?»).[145] Desde mi punto de vista, esos elementos son —al menos en lo que respecta a los criterios expuestos en la sentencia Foster y en la posterior jurisprudencia— i) si el Estado ha encomendado al organismo de que se trata la tarea de ejercer funciones especiales de interés público que, de no ser así, el Estado podría decidir desarrollar de forma directa, y ii) si el Estado ha conferido a dicho organismo alguna facultad adicional para permitirle cumplir su función de forma eficaz (esto no es sino una referencia a las «facultades exorbitantes en comparación con las normas aplicables en las relaciones entre particulares» empleando otros términos). El primer elemento engloba muy diversas formas de funciones especiales de interés público, desde gestionar hospitales y centros educativos a mantener prisiones, pasando por garantizar la prestación de servicios esenciales en zonas aisladas del territorio nacional. El segundo suele ser el corolario natural de la encomienda de una función especial de interés público a un organismo de este tipo.

120. Por consiguiente, propongo que, en respuesta a la segunda cuestión prejudicial, el Tribunal de Justicia declare que, para determinar si un demandado concreto es una emanación del Estado en lo que se refiere al efecto directo vertical de las directivas, el órgano jurisdiccional nacional debe tener en cuenta los siguientes criterios:

1) La forma jurídica del organismo en cuestión carece de pertinencia.

2) No es necesario que el Estado esté en condiciones de dirigir o ejercer el control de las operaciones de dicho organismo de forma permanente.

3) Si el Estado posee o controla al organismo en cuestión, este debe ser considerado una emanación del Estado, sin que sea preciso apreciar si se cumplen los restantes criterios.

4) Cualquier autoridad municipal, regional o local u organismo análogo debe ser considerado, automáticamente, una emanación del Estado.

5) No es necesario que el organismo en cuestión esté financiado por el Estado.

6) Si el Estado ha encomendado al organismo de que se trata la tarea de ejercer funciones especiales de interés público que, de no ser así, el propio Estado podría decidir desarrollar de forma directa y ha conferido a dicho organismo alguna facultad adicional para permitirle cumplir su función de forma eficaz, dicho organismo deberá ser considerado, en todo caso, una emanación del Estado.

Al llevar a cabo su análisis, el órgano jurisdiccional nacional debe tener en cuenta el principio fundamental subyacente según el cual un particular puede oponer las disposiciones precisas e incondicionales de una directiva frente al Estado, independientemente de cuál sea la condición en que actúe este, porque debe evitarse que el Estado pueda obtener ventajas de su incumplimiento del Derecho de la Unión.

121. A continuación, en el marco de mi respuesta a la tercera cuestión prejudicial, abordaré la cuestión de si es *necesario* que el Estado conceda «facultades exorbitantes» a un organismo que responde a las características establecidas en el punto 120 6) anterior cuando le encomienda la prestación de un servicio público.

145 En el apartado 19 de la sentencia Foster, el Tribunal de Justicia identificó dos organismos que eran emanaciones del Estado desde el punto de visto funcional: autoridades constitucionalmente independientes encargadas del mantenimiento del orden y de la seguridad pública (sentencia de 15 de mayo de 1986, Johnston, 222/84, EU:C:1986:206) y autoridades públicas que garanticen los servicios de sanidad pública (sentencia de 26 de febrero de 1986, Marshall, 152/84, EU:C:1986:84).

Sobre la tercera cuestión prejudicial

122. Mediante su tercera cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pregunta si el hecho de que un Estado miembro haya encomendado un amplio conjunto de responsabilidades a un organismo (como el MIBI) con la finalidad manifiesta de cumplir obligaciones derivadas del Derecho de la Unión basta para que dicho organismo constituya una emanación del Estado en lo que se refiere al efecto directo vertical. Con carácter subsidiario, ¿es necesario que se hayan atribuido a dicho organismo i) facultades exorbitantes o ii) que opere bajo la supervisión o el control directo del Estado miembro para que un particular pueda invocar una disposición directamente aplicable de una directiva frente a dicho organismo?

123. Con carácter preliminar, debo señalar que las directivas son de muy distinto tipo. Algunas de ellas, como las distintas directivas sobre empleo, crean derechos e imponen obligaciones generales para todos los trabajadores y empresarios, con algunas excepciones limitadas.[146] Otras establecen los parámetros dentro de los cuales pueden ejercitarse determinados derechos derivados del Derecho de la Unión[147] o el modo en que deben regularse ciertos sectores de la economía.[148] Otras tantas exigen a los Estados miembros encomendar a un organismo concreto determinadas tareas que han de llevarse a cabo como consecuencia de obligaciones y de derechos creados por la directiva.

124. Así sucede en el presente asunto. Resulta evidente que la obligación de cerciorarse de que los conductores estén asegurados contra el riesgo que originó el accidente de la Sra. Farrell está directamente regulada por el Derecho de la Unión, más concretamente, en el artículo 1 de la Tercera Directiva sobre el Seguro de Automóviles. El primer párrafo del artículo 1, apartado 4, de la Segunda Directiva sobre el Seguro de Automóviles ya exigía a los Estados miembros establecer mecanismos para tratar la eventualidad de que un conductor no asegurado contra un riesgo que tenía la obligación de cubrir mediante un seguro provocara un accidente. Esas dos obligaciones, conjuntamente consideradas, exigían a Irlanda cerciorarse de que la responsabilidad de un conductor frente a un pasajero en la situación de la Sra. Farrell quedara cubierta, bien por la propia compañía de seguros del conductor, bien (en caso de que el conductor no estuviera asegurado o no pudiera ser identificado) por el organismo al que Irlanda encomendó atender esas reclamaciones.

125. En su condición de Estado miembro, Irlanda podía haber elegido entre las distintas formas posibles de cumplir esa obligación. Pues bien, podría haber encomendado a un departamento del propio Gobierno (como el Ministerio de Transportes) la responsabilidad de atender las reclamaciones de víctimas de conductores no asegurados. Podría haber creado un nuevo organismo de Derecho público independiente y haberle atribuido esa responsabilidad. O podría haber recurrido, como hizo en definitiva, a un organismo de Derecho privado existente con responsabilidades pertinentes afines y encomendarle nuevas responsabilidades adicionales derivadas del artículo 1 de la Tercera Directiva sobre el seguro de automóviles.

146 Véase, por ejemplo, la Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, que modifica la Directiva 76/207/CEE del Consejo relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo (DO 2002, L 269, p. 15).

147 Véase, por ejemplo, la Directiva relativa a las cualificaciones profesionales [Directiva 2005/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de septiembre de 2005, relativa al reconocimiento de cualificaciones profesionales (DO 2005, L 255, p. 22)], recientemente modificada por la Directiva 2013/55/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de noviembre de 2013, por la que se modifica la Directiva 2005/36 y el Reglamento (UE) n.º 1024/2012 relativo a la cooperación administrativa a través del Sistema de Información del Mercado Interior («Reglamento IMI») (DO 2013, L 354, p. 132). La información general sobre el funcionamiento del sistema de reconocimiento mutuo puede consultarse en http://ec.europa.eu/growth/single-market/services/free-movement-professionals_en.

148 Véase, por ejemplo, la Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva marco) (DO 2002, L 108, p. 33), en su versión modificada por el Reglamento (CE) n.º 544/2009 y por la Directiva 2009/140/CE.

126. En segundo lugar, como la Comisión señala acertadamente, este es un caso inusual en la medida en que la *raison d'être* del MIBI incluye expresamente atender las reclamaciones de víctimas de conductores no asegurados. *En este contexto específico* surge la cuestión de si *también* está obligado a atender esta reclamación en particular, pese a que Irlanda no transpuso correctamente en el momento de los hechos todas sus obligaciones derivadas del Derecho de la Unión y no había atribuido (aún) al MIBI la responsabilidad de cubrir esa responsabilidad concreta. En este sentido, el presente asunto difiere de las situaciones que dieron lugar a la sentencia Marshall,[149] en las que el demandado, *por otras razones y en un contexto completamente distinto*, debía ser considerado una emanación del Estado y era pues responsable de dotar de eficacia los derechos laborales que la Sra. Marshall tenía reconocidos en virtud del artículo 5, apartado 1, de la Directiva 76/207. En el presente asunto, el derecho directamente aplicable que la Sra. Farrell pretende invocar (indemnización de las lesiones sufridas como pasajera de un vehículo automóvil) en virtud del artículo 1 de la Tercera Directiva sobre el Seguro de Automóviles es precisamente el *tipo* de derecho respecto del cual Irlanda ya había atribuido una responsabilidad residual al MIBI cuando el conductor no está asegurado o no puede ser identificado.

127. Dicho esto, la tercera cuestión prejudicial tiene relevancia general a efectos de la aplicación del Derecho de la Unión en toda la Unión Europea. Por consiguiente, no conviene, en mi opinión, que la Gran Sala la responda de forma restrictiva (por ejemplo, refiriéndose al hecho de que todas las compañías de seguros de automóvil de Irlanda deben ser miembros del MIBI, lo cual podría considerarse una variante del tema de las facultades exorbitantes),[150] sino que es preferible que aborde la cuestión (fundamental) de principio que plantea el órgano jurisdiccional remitente.

128. Como ya he señalado en mi respuesta a la segunda cuestión prejudicial, la concesión de facultades exorbitantes o la existencia de supervisión o control directo del Estado miembro bastan para que el organismo en cuestión sea una emanación del Estado. A través de su tercera cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pregunta si cualquiera de estos elementos es parte necesaria de la ecuación subyacente. Con carácter subsidiario, ¿basta con que encomiende al organismo de que se trata la obligación de desempeñar funciones que, en otro caso, habrían sido ejecutadas por el propio Estado miembro?

129. En este contexto, el concepto de «facultades exorbitantes» adquiere especial relevancia. Para comprender la función que dicho concepto ha de desempeñar, puede resultar útil retomar la sentencia Foster.

130. Como se ha señalado en el punto 52 anterior, la intención del Tribunal de Justicia no fue establecer un criterio exhaustivo y permanente. En cambio, extrajo una fórmula de la jurisprudencia existente.

131. Pues bien, en el apartado 18 de la sentencia Foster el Tribunal de Justicia señaló que había declarado en varios asuntos que el efecto directo vertical puede surgir cuando los organismos o entidades están «sometidos a la autoridad *o* al control del Estado *o* [...] dispon[en] de poderes exorbitantes».[151] En el apartado 19 citó cuatro asuntos. Tres de ellos concernían organismos (la Administración tributaria, las corporaciones locales y un hospital público) que estaban sometidos a la autoridad o al control del Estado. Cumplían el criterio por esa razón. Pese a que los dos primeros podrían haber cumplido también ese criterio sobre la base de las facultades de las que lógicamente

149 Sentencia de 26 de febrero de 1986 (152/84, EU:C:1986:84).

150 Existen además ciertos mecanismos (algo inusuales) que permiten al MIBI negociar con las partes damnificadas e iniciar procedimientos judiciales *aun cuando* no haya un contrato específico o un mandato que le autorice para hacerlo. Procede señalar que el hecho de que todas las compañías aseguradoras de vehículos a motor deban ser miembros del MIBI garantiza una cierta igualdad de condiciones en el sentido del Derecho de la competencia y entraña que, en última instancia, el MIBI no carecerá nunca de recursos si debe atender reclamaciones adicionales no previstas en un principio. Simplemente ajustará las aportaciones que deben realizar sus miembros y, de igual manera, sus miembros ajustarán el importe adicional que cobrarán por los contratos de seguro que suscriban para financiar su aportación al MIBI.

151 Sentencia de 12 de julio de 1990 (C-188/89, EU:C:1990:313) (el subrayado es añadido).

disponían, no cabe decir lo mismo con respecto al hospital público. El cuarto asunto (Johnston) versaba sobre una autoridad constitucionalmente independiente encargada del mantenimiento del orden y de la seguridad pública. De hecho, se le habían conferido facultades exorbitantes a tales efectos.

132. Desde mi punto de vista, al referirse al asunto Johnston, el Tribunal de Justicia seleccionó un asunto que cumplía el criterio que acababa de establecer, no ya sobre la base de que el organismo en cuestión estuviera «sometido a la autoridad o al control del Estado» (como en los otros tres casos), sino porque tenía atribuidas «facultades exorbitantes». De este modo, el Tribunal de Justicia hizo hincapié en un elemento que resultaba esencial de ese asunto en particular.

133. En esas circunstancias, es interesante destacar que, de hecho, en la sentencia Johnston no se emplea la expresión «facultades exorbitantes». En su lugar, el Tribunal de Justicia se refirió a «una autoridad pública, encargada por el Estado del mantenimiento del orden público y de la seguridad pública». [152] Añadió que dicho organismo «no puede sacar ventajas del hecho de que el Estado del que depende no aplique el Derecho [de la Unión]».

134. Llegados a este punto, procede realizar diversas observaciones adicionales.

135. En primer lugar, la sentencia Foster (o la jurisprudencia posterior) no recoge una definición de lo que debe entenderse efectivamente por «facultades exorbitantes». Simplemente se indica que exceden de las que «se deriven de las normas aplicables en las relaciones entre particulares». Dado que el criterio establecido en la sentencia Foster debe aplicarse de modo uniforme en toda la Unión Europea, esa expresión —en caso de que se conserve como parte de ese criterio— debe tener un significado autónomo en el Derecho de la Unión. Sin embargo, 20 años después de la sentencia Foster, esa expresión tomada prestada de un ordenamiento jurídico nacional [153] aún no ha adquirido un significado autónomo claro en el Derecho de la Unión.

136. En segundo lugar, mi análisis de la jurisprudencia posterior a la sentencia Foster [154] no ha puesto de manifiesto que exista un procedimiento sistemático para detectar e identificar la existencia de facultades exorbitantes en un asunto concreto. Los organismos responsables de la construcción de carreteras o de la prestación de servicios de distribución de energía, [155] el concesionario en exclusiva para prestar servicios de telecomunicaciones públicas, [156] la empresa privada que gestiona el sistema nacional de autopistas, [157] las organizaciones de servicios sociales, [158] un centro hospitalario público, [159] una oficina regional del ámbito de la seguridad social [160] y el servicio de correos de un Estado [161] tenían, todos ellos, funciones especiales de interés público. Según los hechos expuestos en las sentencias, resulta menos claro que también dispusieran de facultades exorbitantes. En la sentencia

152 Sentencia de 15 de mayo de 1986 (222/84, EU:C:1986:206), apartado 56.

153 Véase el punto 54 anterior.

154 Véanse los puntos 58 y ss. anteriores.

155 Véase la sentencia de 4 de diciembre de 1997, Kampelmann y otros (C-253/96 a C-258/96, EU:C:1997:585), y el punto 58 anterior.

156 Véase la sentencia de 14 de septiembre de 2000, Collino y Chiappero (C-343/98, EU:C:2000:441), y los puntos 59 y 60 anteriores.

157 Véase la sentencia de 5 de febrero de 2004, Rieser Internationale Transporte (C-157/02, EU:C:2004:76), y los puntos 61 a 63 anteriores. El apartado 12 de dicha sentencia señala que, en virtud del contrato entre Asfinag y el Estado austriaco (descrito como «usufructo» y como «contrato»), dicha entidad estaba facultada para «cobrar peajes y derechos de uso en nombre y por cuenta propia para cubrir sus costes». En su posterior análisis, el Tribunal de Justicia se centró en el control del Estado (apartado 25) y en el hecho de que Asfinag «no está autorizada para fijar por sí sola la cuantía del peaje exigido. Esta cantidad la fija la ley» (apartado 26). El Tribunal de Justicia concluyó inmediatamente que Asfinag era una emanación del Estado, *sin* identificar las facultades exorbitantes de que disponía (apartado 27).

158 Véase el auto de 26 de mayo de 2005, Sozialhilfeverband Rohrbach (C-297/03, EU:C:2005:315), y el punto 64 anterior.

159 Véase la sentencia de 7 de septiembre de 2006, Vassallo (C-180/04, EU:C:2006:518), y el punto 65 anterior.

160 Véase la sentencia de 24 de enero de 2012, Domínguez (C-282/10, EU:C:2012:33), y el punto 67 anterior.

161 Véase la sentencia de 12 de diciembre de 2013, Carratù (C-361/12, EU:C:2013:830), y el punto 68 anterior.

Portgás,[162] el Tribunal de Justicia declaró expresamente que disfrutar, con arreglo a un contrato de concesión, de derechos especiales y exclusivos, *no* implica que el organismo de que se trate disponga necesariamente de facultades exorbitantes y sometió esa cuestión a la consideración del órgano jurisdiccional nacional para que realizara más indagaciones al respecto.[163]

137. En tercer lugar, si bien a menudo es preciso disponer de algún tipo de potestad adicional para desempeñar una función especial de interés público, no está claro que siempre deba ser así. La existencia de esta potestad tal vez resulte más evidente en el contexto de los SIEG. En muchos sectores de la economía (como, por ejemplo, las telecomunicaciones y el suministro de agua, gas y electricidad), el Estado puede conceder hoy en día derechos especiales o exclusivos.[164]

138. Debo concluir que no es necesario y, por lo tanto, no está justificado, exigir que el organismo de que se trate disponga de «facultades exorbitantes» para constituir una emanación del Estado.

139. Es importante no obstante dejar claro que no toda persona u organismo que desarrolle actividades de interés general es una emanación del Estado. Conviene formular varias observaciones a este respecto.

140. En primer lugar, debe tratarse de un «organismo», es decir, de una persona jurídica. Una persona física no puede ser una emanación del Estado.

141. En segundo lugar, cuando un organismo desempeña diversas actividades, algunas de ellas en el marco de una función especial que el Estado le ha encomendado y otras no, dicho organismo solo puede ser considerado una emanación del Estado con respecto a la primera categoría de actividades. El planteamiento que propugno a este respecto difiere pues del adoptado por el Tribunal de Justicia en los asuntos en materia de contratación pública.[165] Mientras que un organismo que es un «poder adjudicador» a efectos de la normativa sobre contratación pública debe supervisar y acatar ese ámbito particular del Derecho de la Unión,[166] en lo relativo al efecto directo vertical de las directivas, un particular puede, invocar frente a un organismo que es una emanación del Estado una parte mayor del Derecho de la Unión, que está mucho menos definida. Por lo tanto, en este caso no puede partirse de la premisa de que basta con que el organismo haya quedado comprendido una en ese concepto para que sea así en todo caso.

142. En tercer lugar, la función especial encomendada debe constituir la actividad principal del organismo en cuestión o, en su caso, de la parte del organismo de que se trate.

143. En cuarto lugar, dicho organismo debe desarrollar una actividad en aras del interés general. Debe constituir una función especial que el correspondiente Estado miembro le ha encomendado y que, de no ser desarrollada por él, sería acometida por el propio Estado.

144. A este respecto, el concepto de «función especial» engloba aquellas actividades que se lleven a cabo con fines no meramente comerciales. En otras palabras, debe existir algún elemento de servicio público. Pues bien, la prestación de un servicio de correos nacional, con la obligación de entregar el correo en todo el territorio nacional, estaría comprendida en esa categoría. No sería así en el caso de la puesta a disposición de un servicio de reparto local con meros fines lucrativos.

162 Sentencia de 12 de diciembre de 2013, Portgás (C-425/12, EU:C:2013:829). Véanse, asimismo, los puntos 69 a 76 anteriores.

163 Sentencia de 12 de diciembre de 2013, Portgás (C-425/12, EU:C:2013:829), apartados 30 y 31.

164 Véase el punto 112 anterior.

165 Véase el punto 98 anterior.

166 Véase, a ese respecto, la sentencia de 3 de octubre de 2000, University of Cambridge (C-380/98, EU:C:2000:529), apartado 40.

145. He de añadir que lo que constituye una función especial de interés público puede variar de un Estado miembro a otro.[167] Así pues, por ejemplo, un Estado miembro puede considerar que su deber es garantizar que todos sus ciudadanos estén conectados a una red de fibra óptica de banda ancha, mientras que otro puede estimar que esa cuestión la han de resolver las fuerzas del mercado. En el primer caso, el organismo que tenga encomendada esa función será una emanación del Estado. En el segundo, la empresa privada que preste el mismo servicio no lo será.

146. Desde mi punto de vista, en aras de la seguridad jurídica tanto para el organismo de que se trata como para los particulares que deseen interponer un procedimiento contra él, la función especial de interés público debe estar claramente definida como tal por el marco normativo o regulador.

147. Por consiguiente, propongo al Tribunal de Justicia que responda a la tercera cuestión prejudicial en el sentido de que los criterios establecidos en la respuesta a la segunda cuestión prejudicial también resultan de aplicación cuando un Estado miembro ha encomendado un amplio conjunto de responsabilidades a un organismo con la finalidad manifiesta de cumplir obligaciones derivadas del Derecho de la Unión. No es necesario que ese organismo disponga de facultades exorbitantes en comparación con las normas aplicables en las relaciones entre particulares.

Epílogo

148. La elaboración de las presentes conclusiones y la propuesta de respuesta a las tres cuestiones prejudiciales se ha llevado a cabo inevitablemente en el contexto de la (controvertida) cuestión de si el Tribunal de Justicia actuó acertadamente en el asunto Faccini Dori[168] al decidir no aceptar el efecto directo horizontal,[169] en contra de la recomendación formulada por el Abogado General Lenz en ese asunto[170] y del razonamiento desarrollado por otros dos Abogados Generales en asuntos anteriores.[171] He partido de la hipótesis de trabajo de que el Tribunal de Justicia no considerará que este sea el lugar adecuado para reabrir ese debate.

149. Sin embargo, me veo en la obligación de señalar que, en la medida en que la *forma jurídica* ha sido irrelevante —y ello desde la propia sentencia Foster— a efectos de elucidar si el demandado es una emanación del Estado, el Tribunal de Justicia ya ha aceptado que un organismo sujeto a Derecho privado puede estar obligado a dotar de eficacia a derechos directamente aplicables contenidos en la directiva a instancias de otro particular. Con ello, en realidad el Tribunal de Justicia ya ha tolerado una cierta forma limitada de efecto directo horizontal.

150. Existen, en esencia, tres planteamientos que pueden aplicarse (y que han sido aplicados) para colmar la laguna generada por la inexistencia de efecto directo horizontal general: i) un planteamiento amplio de lo que constituye una emanación del Estado; ii) llevar hasta su límite máximo el principio de «interprétation conforme», y iii) como solución alternativa, la responsabilidad del Estado por daños. Desde la perspectiva de dotar de una protección eficaz a los derechos individuales, la situación actual

167 Véase el punto 90 anterior.

168 Sentencia de 14 de julio de 1994, C-91/92, EU:C:1994:292.

169 Para algunos ejemplos de los muchos estudios críticos sobre esa jurisprudencia, véase Tridimas, T., «Black, White and Shades of Grey: Horizontality Revisited», *Yearbook of European Law*, 21, 2002, p. 327; Dashwood, A., «From Van Duyn to Mangold via Marshall: reducing Direct Effect to Absurdity», *Cambridge Yearbook of European Legal Studies, 9*, 2006-7, p. 81; Dougan, M., «When worlds collide! Competing Visions of the Relationship between Direct Effect and Supremacy», *Common Market Law Review*, 44, 2007, p. 931; Craig, P., «The Legal Effects of Directives: Policy, Rules and Exceptions», *European Law Review*, 34, 2009, p. 349; y de Moi, M., «Domínguez: A Deafening Silence», *European Constitutional Law Review*, 8, 2012, p. 280.

170 Conclusiones de 9 de febrero de 1994 (C-91/92, EU:C:1994:45), punto 47.

171 Véanse las conclusiones del Abogado General van Gerven presentadas en el asunto Marshall (C-271/91, EU:C:1993:30), punto 12, y del Abogado General Jacobs presentadas el 27 de enero de 1994 en el asunto Vaneetveld (C-316/93, EU:C:1994:32), puntos 15 y ss. Más recientemente, la Abogado General Trstenjak retomó las cuestiones subyacentes en diversos apartados de sus conclusiones presentadas el 8 de septiembre de 2011 en el asunto Domínguez (C-282/10, EU:C:2011:559).

dista de ser satisfactoria. Genera complejidad para los demandantes e inseguridad para los demandados. Deseo adherirme a la opinión de otros Abogados Generales e instar al Tribunal de Justicia a que retome y revise de forma crítica los motivos invocados en la sentencia Faccini Dori [172] para rechazar el efecto directo horizontal. [173]

Conclusión

151. Habida cuenta de las consideraciones precedentes, propongo al Tribunal de Justicia que responda de la siguiente forma a las cuestiones prejudiciales planteadas por la Supreme Court of Ireland (Tribunal Supremo, Irlanda):

«1) El criterio establecido en la sentencia Foster y otros [174] para delimitar el concepto de emanación del Estado en relación con el efecto directo vertical de las directivas se halla en el apartado 18, y no en el apartado 20, de dicha sentencia. Ese criterio no debe interpretarse ni de modo acumulativo ni de modo disyuntivo. Más bien establece una lista no exhaustiva de los elementos que pueden resultar pertinentes para llevar a cabo dicha apreciación.

2) Para determinar si un demandado en particular es una emanación del Estado en lo que se refiere al efecto directo vertical de las directivas, el órgano jurisdiccional nacional debe tener en cuenta los siguientes aspectos:

   i) La forma jurídica del organismo en cuestión carece de pertinencia.

   ii) No es necesario que el Estado esté en condiciones de dirigir o ejercer el control de las operaciones de dicho organismo de forma permanente.

   iii) Si el Estado posee o controla al organismo en cuestión, este debe ser considerado una emanación del Estado, sin que sea preciso apreciar si se cumplen los restantes criterios.

   iv) Cualquier autoridad municipal, regional o local u organismo análogo debe ser considerado, automáticamente, como una emanación del Estado.

   v) No es necesario que el organismo en cuestión esté financiado por el Estado.

   vi) Si el Estado ha encomendado al organismo de que se trata la tarea de ejercer funciones especiales de interés público que, de no ser así, el propio Estado podría decidir desarrollar de forma directa y ha conferido a dicho organismo alguna facultad adicional para permitirle cumplir su función de forma eficaz, dicho organismo deberá ser considerado, en todo caso, una emanación del Estado.

   Al desarrollar su análisis, el órgano jurisdiccional nacional debe tener en cuenta el principio fundamental subyacente según el cual un particular puede oponer las disposiciones precisas e incondicionales de una directiva frente al Estado, independientemente de cuál sea la condición en que actúe este último, porque procede evitar que el Estado pueda obtener ventajas de su incumplimiento del Derecho de la Unión.

172 Sentencia de 14 de julio de 1994 (C-91/92,EU:C:1994:292).

173 A este respecto, respaldo plenamente las observaciones formuladas por el Abogado General Jacobs en los puntos 30 y 31 de sus conclusiones en el asunto Vaneetveld (C-316/93, EU:C:1994:32), citadas *in extenso* en la nota 33 de las presentes conclusiones.

174 Sentencia de 12 de julio de 1990 (C-188/89, EU:C:1990:313).

3) Los criterios establecidos en la respuesta a la segunda cuestión prejudicial también resultan de aplicación cuando un Estado miembro ha encomendado un amplio conjunto de responsabilidades a un organismo con la finalidad manifiesta de cumplir obligaciones derivadas del Derecho de la Unión. No es necesario que ese organismo disponga de facultades exorbitantes en comparación con las normas aplicables en las relaciones entre particulares.»