CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SR. GIUSEPPE TESAURO

presentadas el 28 de noviembre de 1995 *

1. Las cuestiones prejudiciales planteadas al Tribunal de Justicia por la High Court of Justice, Queen's Bench Division, Divisional Court, se refieren a la interpretación del apartado 1 del artículo 8 de la Directiva 90/531/CEE del Consejo, de 17 de septiembre de 1990, relativa a los procedimientos de formalización de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las comunicaciones [1] (en lo sucesivo, «Directiva»).

En particular, el Juez nacional pide que se dilucide cuál es la interpretación correcta de la disposición controvertida y si, en caso de adaptación errónea del Derecho interno a la misma, se reúnen los requisitos necesarios para que la empresa perjudicada pueda pedir al Estado que la indemnice. [2]

El contexto normativo comunitario y nacional

2. Según su decimotercer considerando, la Directiva no se aplica «a las actividades de estas entidades que quedan fuera de los sectores del agua, de la energía, de los transportes o de las comunicaciones, o que aun estando en estos sectores se hallan directamente expuestas a la competencia en mercados cuyo acceso no está limitado».

La disposición cuya interpretación se pide al Tribunal de Justicia, el apartado 1 del artículo 8, constituye, precisamente, una excepción a las disposiciones de la Directiva, que sustrae de su ámbito de aplicación los contratos relativos a compras destinadas a asegurar servicios de telecomunicaciones, siempre y cuando exista una situación de competencia en el sector de que se trata. Más concretamente, el artículo 8 prevé lo siguiente:

«1. La presente Directiva no se aplicará a los contratos que las entidades contratantes, que ejercen una actividad contemplada en la letra d) del apartado 2 del artículo 2, formalicen para sus compras destinadas exclusivamente a permitirles asegurarse uno o varios servicios de telecomunicaciones cuando otras entidades puedan ofrecer libremente los mismos servicios en la misma zona geográfica y en condiciones sustancialmente idénticas.

* Lengua original: italiano.

1 — DO L 297, p. 1.

2 — En lo que se refiere a este último aspecto, el presente procedimiento está relacionado con la sentencia Brasserie du pêcheur y Factortame (asuntos acumulados C-46/93 y C-48/93, Rec. 1996, p. I-0000), así como con la sentencia Dillenkofer y otros (asuntos acumulados C-178/94, C-179/94, C-188/94, C-189/94 y C-190/94; en trámite), en los que las conclusiones se presentan también con fecha de hoy.

2. Las entidades contratantes comunicarán a la Comisión, a petición de ésta, los servicios que consideren como excluidos en virtud del apartado 1. La Comisión podrá publicar periódicamente en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas,* con carácter informativo, la lista de servicios que considere como excluidos. A este respecto, la Comisión respetará el carácter comercial sensible que las entidades contratantes indiquen cuando presenten esta información.»

3. La mencionada letra d) del apartado 2 del artículo 2 comprende, entre las actividades a las que se aplica la Directiva, «la puesta a disposición o la explotación de redes públicas de telecomunicaciones o el suministro de uno o más servicios públicos de telecomunicaciones». Según la letra b) del apartado 1 del artículo 2, la Directiva se aplica también a las entidades contratantes que, «sin ser poderes públicos ni empresas públicas, ejerzan, entre sus actividades, alguna de las contempladas en el apartado 2, o varias de estas actividades y gocen de derechos especiales o exclusivos expedidos por una autoridad competente de un Estado miembro». La letra a) del apartado 3 del mismo artículo 2 precisa además que, a los efectos de la aplicación de la letra b) del apartado 1, una entidad contratante goza de derechos especiales o exclusivos, en particular, cuando «con el fin de construir las redes o efectuar las instalaciones a que se refiere el apartado 2, dicha entidad pueda recurrir a un procedimiento de expropiación pública o de servidumbre, o utilizar el suelo, el subsuelo o el espacio situado sobre la vía pública para instalar los equipos de las redes». De conformidad con el apartado 6 del artículo 2, «las entidades contratantes enumeradas en los Anexos I a X deberán responder a los criterios enunciados anteriormente». El Anexo X, que se refiere precisamente a los «Organismos contratantes del sector de las telecomunicaciones» menciona, entre otros, en lo que respecta al Reino Unido, las entidades British Telecommunications plc (en lo sucesivo, «demandante»), Mercury Communications Ltd (en los sucesivo, «Mercury») y City of Kingston upon Hull plc (en lo sucesivo, «Hull plc»).

Por último, debe recordarse que, con arreglo a la letra d) del apartado 1 del artículo 33, las entidades contratantes conservan la información adecuada sobre cada contrato que les permita justificar posteriormente las decisiones relativas a la no aplicación de las disposiciones de los Títulos II, III y IV (disposiciones que se refieren a los criterios y a los procedimientos que deben respetarse en la formalización de los contratos) en virtud de las excepciones previstas en el Título I, entre las que figura, en la medida en que es relevante para el presente asunto, la contemplada en el apartado 1 del artículo 8.

4. El Reino Unido ejecutó la Directiva mediante la adopción de las «Utilities Supply and Works Contracts Regulations 1992». En particular, las disposiciones de la Directiva que limitan su aplicación, como prevé su decimotercer considerando, a los supuestos en los que los contratos formalizados se destinan exclusivamente a permitir a la entidad contratante ejercer alguna de las actividades enumeradas en la Directiva figuran en el artículo 5 y en la letra a) del artículo 6 de la referida Ley.

El apartado 1 del artículo 7 de dicha Ley, cuya finalidad es ejecutar el apartado 1 del artículo 8 de la Directiva, se refiere, en cambio, a las exclusiones relativas específicamente al sector de las telecomunicaciones y constituye, por tanto, la disposición impugnada por la demandante. Dicha disposición prevé que «las presentes normas no se aplicarán a las licitaciones para la formalización de un contrato por parte de una entidad precisada en el Anexo 2 con el único fin de permitirle prestar uno o varios servicios de telecomunicaciones especificados en la parte del Anexo 2 en la que se menciona dicha entidad».

Dicho Anexo se compone de dos partes. La Parte A se refiere a todos los concesionarios de servicios públicos de telecomunicaciones distintos de la demandante y de Hull plc. En el caso de estos operadores, los servicios excluidos del ámbito de aplicación de la Ley son explícitamente «todos los servicios públicos de telecomunicaciones». En cambio, la Parte B se refiere exclusivamente a la demandante y a Hull plc, para los que los servicios contemplados son «todos los servicios públicos de telecomunicaciones, si se prestan dentro del área geográfica para la que el prestador está autorizado como operador público de telecomunicaciones, distintos de los siguientes servicios: los servicios básicos de telefonía vocal, los servicios básicos de transmisión de datos, el suministro de circuitos privados en arrendamiento y los servicios marítimos».

El apartado 2 del artículo 7 de la misma Ley prevé además que todos los operadores contemplados en el Anexo 2 deben enviar al Ministro a petición suya y para posterior traslado a la Comisión, un informe en el que se describan los servicios públicos de telecomunicaciones que prestan y que consideran que están comprendidos entre los mencionados en la parte del Anexo 2 en la que ellos mismos están incluidos. Así pues, esta disposición ejecuta el apartado 2 del artículo 8 de la Directiva.

Recordemos por último que, con arreglo al artículo 33 de la Directiva, el apartado 1 del artículo 25 de la referida Ley nacional prevé que si una entidad contratante decide no aplicar las disposiciones relativas a las actividades excluidas, que figuran entre otros, en el artículo 7 de la misma Ley, dicha entidad está obligada a proporcionar una información adecuada y suficiente para justificar tal decisión, en el caso de los contratos formalizados según modalidades diferentes de las previstas por el régimen de contratos.

Los hechos, las cuestiones prejudiciales

5. La demandante es una sociedad por acciones de responsabilidad limitada, constituida el 1 de abril de 1984 con arreglo a la British Telecommunications Act 1984 (Ley de 1984 sobre telecomunicaciones). En virtud de esta Ley, le fueron transferidos la propiedad y todos los derechos y obligaciones de la antigua sociedad de Derecho público, denominada también British Telecommunications, que, a su vez, en virtud de la British Telecommunications Act 1981, había sucedido al Post Office, el cual había poseído hasta entonces el monopolio exclusivo de la gestión de los sistemas de telecomunicaciones.

La Ley de 1984 sobre telecomunicaciones prevé que todo aquel que pretenda gestionar un sistema de telecomunicaciones en el Reino Unido, tras la supresión del monopolio, está obligado a obtener una licencia que debe especificar de manera exhaustiva las actividades que está autorizado a ejercer. Con arreglo a esta disposición, el Secretary of State for Trade and Industry expidió a la demandante, en junio de 1984, una licencia válida por veinticinco años. Esta licencia, por la que se designa a la demandante «concesionario de servicios públicos de telecomunicaciones», la autoriza a gestionar sistemas públicos de telecomunicaciones en todo el territorio del Reino Unido, sin perjuicio de las limitaciones geográficas relativas a la zona en la que es concesionaria Hull plc. En particular, está obligada a prestar servicios de telefonía vocal a quien los solicite, independientemente del hecho de que la insuficiencia de la demanda le permita o no cubrir sus costes. A esto se añade que la demandante es la única de los titulares de licencia que está sujeta a un régimen relativo a las variaciones de sus tarifas (price cap). Por último, debe precisarse que el Estado cedió progresivamente, antes del mes de julio de 1993, el paquete de acciones que poseía en el capital de la demandante.

6. La Ley de 1984 sobre telecomunicaciones hizo posible una notable apertura del mercado que dio lugar a la concesión de más de seiscientas licencias relativas a diferentes actividades en el sector y al reconocimiento de unos ciento diez «concesionarios de servicios públicos de telecomunicaciones». Sin embargo, el contenido de las licencias variaba considerablemente. En efecto, en el ámbito de los servicios de telecomunicaciones de señales mediante enlaces fijos (entre los que figura la telefonía vocal con terminales fijos), el Gobierno del Reino Unido había concedido únicamente las licencias necesarias a la demandante y a Mercury, a la que se le había autorizado, en particular, a conectarse a los sistemas de telecomunicaciones de la demandante. De este modo se creó una situación de duopolio en el sector específico de los enlaces fijos.

La política de duopolio fue abandonada, también en este sector, a principios de los años noventa, esta vez en favor de una política abiertamente competitiva. Así pues, todas las solicitudes de licencia formuladas por empresas privadas que reúnan criterios objetivos y transparentes son consideradas a la luz de una presunción general que garantiza su aprobación, con excepción de los casos en los que una desestimación puede estar justificada por «razones específicas». La Ley de 1984 tuvo en cuenta la necesidad de asegurar el funcionamiento de un sistema tan complejo, en el que intervienen muchos operadores reconocidos, obligando a los «concesionarios de servicios públicos de telecomunicaciones» a autorizar que se conecten a sus redes los sistemas de otros concesionarios que lo solicitan. Esto hace posible que los clientes de un operador puedan tener acceso a las redes gestionadas por otros concesionarios y, por tanto, en definitiva, comunicar con los usuarios que disfrutan de los servicios prestados por estos últimos.

7. Como ya he indicado, la legislación nacional que ejecuta la Directiva excluye de la obligación de atenerse a ésta a casi todos los

operadores del sector, incluido Mercury, que, no obstante, figura en el Anexo X de la Directiva, en lo que respecta a los contratos destinados exclusivamente a permitir la prestación de servicios de telecomunicaciones. En cambio, sólo la demandante y Hull plc siguen sometidos a las disposiciones de la Directiva, aunque limitándose a los servicios básicos de telefonía (vocal), a los servicios básicos de transmisión de datos, al suministro de circuitos privados en arrendamiento y a los servicios marítimos.

Precisamente, estas disposiciones que ejecutan la Directiva son las que han sido impugnadas ante el órgano jurisdiccional nacional por la demandante. Esta mantiene que el Reino Unido no debería haber determinado, él mismo, los servicios y los operadores que se sustraen a la aplicación de la Directiva, ya que esa misión incumbe, según el apartado 1 del artículo 8 de la Directiva, a las propias entidades contratantes. En sus pretensiones, la demandante solicita también la indemnización de las pérdidas que alega haber sufrido a causa de la adaptación incorrecta del Derecho interno a la disposición de que se trata.

8. Por tanto, a efectos de resolver el litigio pendiente ante él, el órgano jurisdiccional nacional ha considerado oportuno remitirse con carácter prejudicial al Tribunal de Justicia, planteando las siguientes cuestiones:

«1) A la luz de una interpretación correcta de la Directiva 90/531/CEE del Consejo, ¿entra dentro de la facultad discrecional reconocida a un Estado miembro por el artículo 189 del Tratado CEE el hecho de que el propio Estado miembro, al ejecutar el apartado 1 del artículo 8 de la Directiva, determine a qué servicios de telecomunicaciones prestados por la entidad contratante se aplica la exclusión prevista en dicho artículo y a cuáles no se aplica?

2) a) La expresión "cuando otras entidades puedan ofrecer libremente los mismos servicios en la misma zona geográfica y en condiciones sustancialmente idénticas" que figura en el apartado 1 del artículo 8, ¿se refieren sólo a una "libertad" y a "condiciones" de carácter legal o reglamentario?

b) Si la respuesta a la cuestión 2 a) es negativa:

i) ¿A qué otro concepto se refiere dicha expresión?

ii) ¿Es relevante para ello la posición que una entidad contratante ocupa en el mercado de un servicio concreto de telecomunicaciones?

iii) En caso de que su posición sea relevante, ¿en qué sentido lo es y en qué circunstancias puede ser decisiva?

c) ¿Afecta a las respuestas de las cuestiones ii) y iii) del subapartado b) el hecho de que la entidad esté sujeta a limitaciones de tipo administrativo y, de ser así, en qué aspectos las afecta?

3) Si la respuesta a la cuestión 1 es afirmativa:

a) En caso de controversia entre una entidad contratante y las autoridades nacionales responsables de la ejecución del apartado 1 del artículo 8, ¿cómo puede el órgano jurisdiccional nacional al que se someta dicha controversia velar por que los criterios para la aplicación de la exclusión previstos en el apartado 1 del artículo 8 se apliquen de forma correcta? y, especialmente, ¿debe reemplazar su propia valoración sobre la aplicación de la exclusión prevista en el apartado 1 del artículo 8 por la de las autoridades nacionales responsables de la ejecución de dicha disposición?

b) Si el órgano jurisdiccional nacional considera que las definiciones de ciertos servicios de telecomunicaciones, adoptadas por las autoridades nacionales responsables de la ejecución del apartado 1 del artículo 8 con el fin de determinar si la exclusión es aplicable o no a un servicio concreto, son de tal naturaleza que resulta imposible para la entidad contratante decidir si dicha exclusión se aplica o no a un servicio, ¿supone eso una vulneración de la Directiva 90/531/CEE o de algún principio general del Derecho comunitario, en particular del principio de seguridad jurídica?

c) Al definir determinados servicios de telecomunicaciones, ¿puede un Estado miembro adoptar definiciones basadas en descripciones de los medios técnicos mediante los cuales se presta un servicio, en vez de en una descripción del servicio mismo?

4) Si un Estado miembro ha ejecutado erróneamente el apartado 1 del artículo 8 de la Directiva 90/531/CEE del Consejo, ¿está obligado en virtud del Derecho comunitario a indemnizar a una entidad contratante por los perjuicios sufridos a consecuencia de las pérdidas causadas por dicho error y, si es así, en qué condiciones se produce esa responsabilidad?»

La primera cuestión

9. Por tanto, mediante la primera cuestión se pide al Tribunal de Justicia que se pronuncie sobre si, habida cuenta de la facultad de apreciación de que disponen en virtud del artículo 189 del Tratado, los Estados miembros están autorizados, cuando adaptan su ordenamiento jurídico nacional a una Directiva, a definir y a determinar los servicios de telecomunicaciones que el apartado 1 del artículo 8 de la Directiva permite excluir, siempre que se cumplan determinados requisitos, o si esa determinación incumbe a las propias entidades contratantes.

A tal efecto, es oportuno, antes de nada, hacer referencia al tenor literal de la disposición controvertida, al contexto en el que ésta se inscribe y a la *ratio* de dicha disposición.

10. Ahora bien, la formulación literal del apartado 1 del artículo 8 de la Directiva no proporciona ningún elemento que pueda confirmar la tesis de que los propios Estados miembros tienen la facultad de determinar los servicios y los operadores que están excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva. La referida disposición se limita, en efecto, a excluir del ámbito de aplicación de la Directiva los contratos que las entidades contratantes formalicen para compras destinadas exclusivamente a permitirles asegurarse uno o varios servicios de telecomunicaciones, siempre que otras entidades puedan ofrecer libremente los mismos servicios en las mismas condiciones.

Por tanto, el hecho de que no se haga ninguna referencia a los Estados miembros parece apoyar la tesis de que son las propias entidades contratantes —la disposición sólo las menciona a ellas— quienes deben determinar los contratos que están excluidos. Por lo menos a primera vista, esta conclusión es confirmada por la circunstancia de que otras disposiciones de la Directiva, que figuran también en el Título I y se refieren, por tanto, a las excepciones autorizadas, prevén de forma explícita y precisa la función confiada a los Estados miembros en la determinación de los contratos a los que se aplican las excepciones de que se trata. [3]

11. A esto se añade que, con arreglo al apartado 2 del mismo artículo 8, corresponde a las entidades contratantes comunicar a la Comisión, a petición de ésta, los servicios que «consideren como excluidos en virtud de apartado 1». Después, es la Comisión quien publica en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, serie C, aunque sólo sea con carácter informativo, la lista de los servicios que «considere como excluidos».

Ahora bien, si, como mantiene el Gobierno del Reino Unido, correspondiese a los Estados miembros decidir qué servicios deben considerarse excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva en virtud del apartado 1 de su artículo 8, no sería fácil comprender por qué el apartado 2 del mismo artículo 8 obliga a las entidades contratantes, y no a los Estados miembros, a comunicar los servicios que consideran excluidos. A no ser que

3 — Véanse, en particular, los artículos 3 y 10.

se quiera considerar que se trata de una disposición que carece de toda utilidad, debe reconocerse, efectivamente, que el apartado 2 del artículo 8 tiene una razón de ser en la medida en que son las propias entidades contratantes quienes deciden a cuáles de los servicios que prestan puede aplicarse la exclusión contemplada en el apartado 1 del artículo 8.

12. Este punto de vista es confirmado también por el artículo 33 de la Directiva, según el cual, recordémoslo, las entidades contratantes conservan, sobre cada contrato, «la información [...] que les permita justificar posteriormente las decisiones relativas a [...] d) la no aplicación de las disposiciones de los Títulos II, III y IV en virtud de las excepciones previstas en el Título I».

La disposición que acabo de citar muestra con toda evidencia que el legislador comunitario, a través de las disposiciones nacionales, ha querido dirigirse directamente a las entidades contratantes atribuyéndoles la responsabilidad de las decisiones de exclusión adoptadas con arreglo al apartado 1 del artículo 8 de la Directiva, así como la carga de demostrar que se cumplen los requisitos necesarios.

13. Habida cuenta de todo lo expuesto, recordemos además que es jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia en la materia que la libertad de elegir la forma y los medios para asegurar la ejecución de la Directiva, tal como ha sido concedida a los Estados miembros por el párrafo tercero del artículo 189 del Tratado, «no obsta a que los Estados miembros destinatarios de aquélla estén obligados a adoptar, en su ordenamiento jurídico nacional, todas las medidas necesarias para garantizar la plena eficacia de la Directiva, conforme al objetivo por ella perseguido». [4] Esto significa que los Estados miembros están obligados a adoptar todas las medidas necesarias para asegurar la plena eficacia de las disposiciones de la Directiva y, por tanto, para garantizar el resultado previsto por ellas. Además, debo añadir que, como ha precisado el propio Tribunal de Justicia, las disposiciones de una Directiva deben ejecutarse «con indiscutible fuerza imperativa [...] precisión y claridad exigidas [...] para cumplir la exigencia de seguridad jurídica». [5]

Evidentemente, estas afirmaciones implican, por un lado, que la facultad discrecional de que disponen los Estados miembros en lo que respecta a la adaptación de su ordenamiento jurídico nacional a una Directiva no puede, sin embargo, utilizarse de tal manera que ponga en peligro la consecución del objetivo perseguido por la Directiva de que se trate y, por otro lado, que lo que cuenta es precisamente ese resultado, por lo que la adaptación del Derecho interno a una Directiva debe considerarse correcta cuando, aunque no se recojan literalmente las disposiciones de ésta en el texto nacional que la ejecuta, [6] dicha adaptación permite, no obstante, alcanzar el objetivo que persigue.

4 — Sentencia de 10 de abril de 1984, Von Colson y Kamann (14/83, Rec. p. 1891), apartado 15.

5 — Sentencia de 30 de mayo de 1991, Comisión/Alemania (C-59/89, Rec. p. I-2607), apartado 24.

6 — Véase, por ejemplo, la sentencia de 9 de abril de 1987, Comisión/Italia (363/85, Rec. p. 1733).

14. En lo que respecta al caso que nos ocupa, esto significa que, aun cuando el tenor literal de la disposición controvertida y el contexto en el que ésta se inscribe lleven a la conclusión de que las propias entidades contratantes deberían determinar cuáles de los servicios que prestan deben considerarse excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva, queda por comprobar si las medidas de ejecución adoptadas por el Reino Unido pueden, en cualquier caso, garantizar el resultado perseguido por la Directiva, en particular por el apartado 1 de su artículo 8.

Considero que la respuesta a esta cuestión sólo puede ser negativa. La determinación previa de los servicios «excluidos», en los términos expuestos anteriormente, se opone, en mi opinión, a la *ratio* misma de la disposición de que se trata, fundamentalmente porque tal determinación *a priori*, al representar la situación que existe en un Estado miembro en un momento determinado, no tiene en cuenta la evolución que puede producir en el sector en cuestión, ni el hecho de que, para un mismo operador, los servicios excluidos pueden variar. Al mismo tiempo, semejante manera de proceder impide a la Comisión ejercer el control que la Directiva le atribuye en la materia.

15. Efectivamente, si bien es cierto que las entidades contratantes comunican a la Comisión, a petición de ésta, los servicios que consideran excluidos y que la Comisión se encarga de publicarlos con carácter informativo, es igualmente cierto que la lista publicada comprende únicamente los servicios que la propia Comisión «considere como excluidos». Esto implica que incumbe a dicha Institución verificar si los servicios comunicados por las entidades contratantes responden efectivamente a los criterios fijados por el apartado 1 del artículo 8 para disfrutar de la exclusión.

Pues bien, es totalmente evidente que la adaptación de su Derecho interno efectuada por el Reino Unido impide dicha verificación por parte de la Comisión, dado que las listas que le comunican las entidades contratantes por medio de las autoridades nacionales competentes [7] no podrán no coincidir con las contempladas en el Anexo 2 de la Ley nacional de que se trata. De este modo, no se respeta, por tanto, en el caso de los operadores y de los servicios relativos al Reino Unido, la función de vigilancia atribuida a la Comisión por el apartado 2 del artículo 8.

16. Al defender la forma en que ha ejecutado la Directiva en su ordenamiento jurídico interno, el Gobierno del Reino Unido mantiene, no obstante, que no habría sido oportuno dejar a las entidades contratantes la facultad de determinar los contratos a los que se aplica la exclusión, en la medida en que eso habría dado lugar, con toda probabilidad, a valoraciones divergentes en casos similares y habría afectado irremediablemente a la exigencia de seguridad jurídica.

7 — Véase el apartado 2 del artículo 7 de la legislación nacional por la que se ejecuta la Directiva.

A este respecto, me limito a señalar que el funcionamiento del sistema concebido por la Directiva, tal como es interpretado en las presentes conclusiones, resulta suficientemente garantizado gracias a la actividad de vigilancia que la Directiva confía a la Comisión, incluso y sobre todo en lo que respecta a los posibles abusos a los que se refiere el Gobierno del Reino Unido. A esto debe añadirse que, dado que son las entidades contratantes, y no los Estados miembros quienes adoptan la decisión de expulsión, podrán formularse eventuales impugnaciones con arreglo a las disposiciones nacionales adoptadas para ejecutar la Directiva 92/13/CEE, [8] relativa a los medios de impugnación. Según su artículo 1, dicha Directiva se aplica, en efecto, a las «decisiones adoptadas por las entidades contratantes».

17. Por último, no puedo dejar de señalar que la interpretación dada hasta ahora del apartado 1 del artículo 8 de la Directiva muestra con toda evidencia que se trata de una disposición que atribuye a los particulares, en este caso a las entidades contratantes, derechos que pueden alegar directamente ante el Juez nacional y que, por tanto, se trata de una disposición que tiene efecto directo. Desde esta perspectiva, hay que reconocer que una determinación previa y detallada de los servicios excluidos, como la que hace el legislador nacional, es, necesariamente, contraria al resultado perseguido por la Directiva.

En definitiva, considero que el artículo 189 del Tratado impone a los Estados miembros la obligación de ejecutar el apartado 1 del artículo 8 de la Directiva de tal forma que las entidades contratantes estén autorizadas a aplicar, ellas mismas, los criterios definidos en dicha disposición y, por tanto, a determinar cuáles son los servicios de telecomunicaciones prestados por ellas que deben ser excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva.

La segunda cuestión

18. En la letra a) de su segunda cuestión, el Juez nacional pide al Tribunal de Justicia que precise si la expresión «cuando otras entidades puedan ofrecer libremente los mismos servicios en la misma zona geográfica y en condiciones sustancialmente idénticas», que figura en el apartado 1 del artículo 8, debe interpretarse en el sentido de que la libertad de que deben gozar las entidades contratantes y las referidas condiciones son de carácter legal o administrativo.

Fundamentalmente, es necesario determinar si, para que pueda aplicarse la exclusión contemplada en el apartado 1 del artículo 8 de la Directiva, la libertad para ofrecer los mismos servicios en la misma «zona geográfica» y la existencia de «condiciones sustancialmente idénticas» deben verificarse sólo en Derecho, como mantiene la demandante, o también de hecho.

8 — Directiva del Consejo, de 25 de febrero de 1992, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de las normas comunitarias en los procedimientos de formalización de contratos en las entidades que operen en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones (DO L 76, p. 14).

19. Casi no es necesario señalar, que en el primer caso, bastaría que disposiciones legales o reglamentarias garantizasen la posibilidad de una libre competencia en el sector de que se trata. En otras palabras, habrá que suprimir, cuando existan, las disposiciones que impiden la libre competencia, ya sea mediante la atribución de derechos especiales o exclusivos, o ya sea haciendo imposible o difícil, de cualquier otra manera, el acceso al mercado.

Esta es la tesis de la demandante, en cuyo apoyo alega que la Directiva se dirige también, además de a las autoridades y empresas públicas que ejercen actividades en los sectores contemplados por la Directiva, a las entidades que disfrutan, en el ejercicio de sus actividades, de derechos especiales o exclusivos concedidos por las autoridades competentes de los Estados miembros. La *ratio* de esa extensión se basa precisamente, según la demandante, en el supuesto de que la concesión de tales derechos implica cerrar el mercado a la competencia, transformándolo en un mercado «reservado». De ello se sigue, que cuando se adoptara un acto normativo interno para derogar esos derechos especiales o exclusivos como ocurrió en el sistema británico mediante la British Telecommunications Act 1984, ya no habría ninguna razón para aplicar la Directiva, en virtud de la exclusión prevista en el apartado 1 de su artículo 8. Efectivamente, el mercado en cuestión ya no sería un mercado «reservado» en el sentido del apartado 3 del artículo 2 de la Directiva, sino un mercado liberalizado, es decir, abierto a la competencia de múltiples operadores.

20. En mi opinión, no se puede compartir esta tesis. En primer lugar, el tenor literal de la disposición controvertida no indica que ésta se limite a los obstáculos creados por disposiciones legales o reglamentarias. Efectivamente, la libertad que tienen las otras entidades contratantes de poder ofrecer los mismos servicios en condiciones sustancialmente idénticas es afirmada en términos generales, y no podía ser de otro modo, teniendo en cuenta la *ratio* de la disposición de que se trata y el sistema considerado en su conjunto. Además, el decimotercer considerando de la Directiva, al que me he referido en varias ocasiones, afirma explícitamente que la exclusión del ámbito de aplicación de la Directiva está supeditada a la condición de que las actividades de las entidades de que se trata se hallen «*directamente expuestas a la competencia en mercados cuyo acceso no está limitado*». [9]

En resumen, indudablemente no basta con que el acceso al mercado no esté prohibido por la ley, es necesario también que la competencia sea efectiva. Por tanto, los criterios contemplados en el apartado 1 del artículo 8 de la Directiva deben interpretarse en el sentido de que tienen que respetarse no sólo en el plano jurídico, sino también en el fáctico. La primera condición se cumple cuando otras entidades, distintas de la entidad contratante de que trate, están autorizadas a operar en el mercado de los servicios en cuestión, cuyo acceso no está limitado por la ley. En cambio, puede considerarse que la segunda condición se cumple cuando las referidas entidades no sólo están autorizadas formalmente, sino que también pueden *efectivamente* prestar los servicios de que se

9 — El subrayado es mío.

trata, en las mismas condiciones que la entidad contratante.

21. En definitiva, la expresión que aquí se está examinando debe interpretarse en el sentido de que se refiere a una serie de elementos de naturaleza técnica y económica, y no solamente jurídica. Por tanto, es necesario que la «libertad» de ofrecer los servicios sea real y no potencial, es decir, que no debe ser posible sólo en teoría; de otro modo, la entidad contratante sería siempre el único sujeto que operase efectivamente en el mercado en cuestión.

Por tanto, corresponde a la entidad contratante, cuando considere que debe ser excluida de la aplicación de las disposiciones de la Directiva, probar, basándose en sus artículos 8 y 33, que otros sujetos son capaces de ejercer las mismas actividades en «condiciones sustancialmente idénticas».

22. Mediante las letras b) y c) de su segunda cuestión, el órgano jurisdiccional nacional pide, además, al Tribunal de Justicia que dilucide cuáles son los elementos que hay que tener en cuenta para determinar si la situación del mercado de las telecomunicaciones es efectivamente competitiva en el caso de un servicio determinado.

En particular, pide que se dilucide, en el supuesto de que sea necesario evaluar la situación del mercado basándose en elementos de hecho, si la posición dominante que puede ocupar la entidad contratante en el mercado de un servicio determinado de telecomunicaciones es pertinente a tal efecto; en qué debe consistir esa posición dominante para ser decisiva en el sentido que nos interesa y, por último, si tiene alguna importancia el hecho de que la entidad contratante esté sujeta a especiales limitaciones administrativas.

23. En primer lugar, la demandante niega ocupar una posición dominante en el mercado, [10] y presenta una serie de datos que, según ella, confirman que la competencia es efectiva en muchas actividades del sector. En segundo lugar, por un lado, rechaza la tesis según la cual el merco hecho de ocupar una posición dominante es pertinente a efectos de la Directiva sobre los contratos públicos; por otro lado, niega que la existencia de dicha posición pueda probarse sólo mediante un análisis de la cuotas de mercado.

Según ella son otros los elementos que habría que considerar para evaluar su posición en el mercado; en particular, deberían tenerse en cuenta las restricciones normativas a las que

10 — El Gobierno del Reino Unido opina lo contrario. Las observaciones presentadas por el Gobierno francés, que no han sido discutidas, revelan, por otra parte, que en el sector de los enlaces fijos, las cuotas de mercado están repartidas del siguiente modo: la demandante posee el 90 %, Mercury, el 7 % y los demás operadores, el 3 %.

está sujeta, [11] en contra de lo que ocurre con la mayor parte de los otros titulares de licencias.

24. Considero que el Tribunal de Justicia no dispone en este contexto ni de la competencia ni de los medios para poder evaluar la existencia efectiva, en el caso que nos ocupa, de todos los elementos de hecho o de Derecho necesarios para la plena aplicación de la excepción contemplada en el apartado 1 del artículo 8 de la Directiva. En realidad se trata de una misión que incumbe al Juez nacional y, en la mayoría de los casos, corresponde exactamente a la verificación que la disposición controvertida confía a las entidades contratantes y, en último término, a la actividad de vigilancia de la Comisión.

Por tanto, basta con señalar que la decisión destinada a reconocer o no a determinados servicios la posibilidad de que se les aplique la exclusión, de conformidad con las condiciones (de hecho y de Derecho) contempladas en el apartado 1 del artículo 8 de la Directiva, no puede adoptarse sino caso por caso. Especialmente, habrá que tener en cuenta, a tal efecto, todas las características de los servicios interesados, la existencia de servicios sustitutivos, las condiciones de precio, las posiciones de los competidores en el mercado, la existencia de restricciones normativas del tipo de las descritas anteriormente y cualquier otra condición que resulte pertinente en la práctica.

La tercera cuestión

25. Mediante la tercera cuestión, subdividida a su vez en tres puntos distintos, se pide al Tribunal de Justicia que se pronuncie, fundamentalmente, sobre la función del órgano jurisdiccional nacional cuando tiene que verificar la aplicación correcta, por parte de las autoridades nacionales, de los criterios contemplados en el apartado 1 del artículo 8 de la Directiva, especialmente en el caso de un litigio entre una entidad contratante y las autoridades nacionales acerca de la aplicación correcta de los criterios de exclusión mencionados en la disposición controvertida, así como en el supuesto de que el órgano jurisdiccional nacional llegue a la conclusión de que los referidos criterios están fijados de tal forma que privan a la entidad contratante de la posibilidad de determinar si la exclusión se aplica o no a un servicio específico.

Evidentemente, esta cuestión ha sido formulada por el órgano jurisdiccional para el supuesto de que el Tribunal de Justicia responda afirmativamente a la primera cuestión, es decir, para el supuesto de que reconozca que los Estados miembros tienen la facultad de designar ellos mismos los servicios que deben considerarse excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva, con arreglo al apartado 1 del su artículo 8. Habida cuenta de la conclusión a la que he llegado a este

11 — Como bien especifica la resolución de remisión, la demandante tiene, en efecto, la obligación de proporcionar a quien lo solicite la interconexión a sus propias redes; además, está obligada a prestar servicios universales, es decir, servicios de telefonía en cualquier zona del Reino Unido, aun cuando la demanda no sea suficiente para cubrir sus costes; por último, es la única de todos los titulares de licencias que tiene que respetar la regla del «price cap», según la cual, las tarifas que practica no pueden ser modificadas sino en los casos y dentro de los límites fijados por la ley.

respecto, estimo que es superfluo responder a esta cuestión.

La cuarta cuestión

26. La cuarta cuestión plantea de nuevo al Tribunal de Justicia el problema de la responsabilidad y de la obligación de indemnización del Estado respecto a los particulares que hayan sufrido perjuicios derivados de una violación del Derecho comunitario. Problema que constituye la cuestión central de los asuntos Brasserie du pêcheur y Factortame, [12] así como Dillenkofer y otros, [13] en los que presento mis conclusiones con fecha de hoy. En el primer asunto, recordémoslo, la violación imputada al Estado consiste en el hecho de haber aplicado leyes nacionales contrarias a disposiciones del Tratado; en el segundo, se trata en cambio, como en el asunto Francovich y otros, [14] de la no adaptación del Derecho interno a una Directiva dentro del plazo señalado.

El presente asunto plantea de nuevo el mismo problema, pero en un contexto diferente: el de la adaptación incorrecta, pero no extemporánea del ordenamiento jurídico nacional a lo dispuesto en una Directiva. [15] En efecto, la demandante solicita ser indemnizada por los perjuicios que alega haber sufrido debido a la adaptación incorrecta del Derecho interno a lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 8 de la Directiva. Según ella, dichos perjuicios consisten en los costes suplementarios en que tuvo que incurrir para atenerse a la legislación nacional (incorrecta) que ejecuta la Directiva, legislación que, por otra parte, le impidió celebrar operaciones rentables, así como en las desventajas sufridas a nivel comercial y de la competencia debido a la obligación, a la que en cambio no están sujetos los demás operadores del sector, de publicar en el Diario Oficial sus proyectos en materia de contratos públicos de obras y de suministros. [16]

27. Incluso en este supuesto, como en los mencionados en el punto anterior, el punto de partida sólo puede ser la sentencia Francovich y otros, en la que el Tribunal de Justicia, como se recordará, estableció que el Estado tenía la obligación de indemnizar por no haber adaptado el Derecho interno a una

12 — Citados en la nota 2.

13 — Citados en la nota 2.

14 — Sentencia de 19 de noviembre de 1991, Francovich y otros (asuntos acumulados C-6/90 y C-9/90, Rec. p. I-5357).

15 — En contra de lo que ocurre en el mencionado asunto Factortame (C-48/93; en lo sucesivo, «Factortame III»), en el que la violación del Derecho comunitario es imputable al legislador, las disposiciones que ejecutan la Directiva en el presente asunto son un acto del poder ejecutivo. No obstante, los requisitos extremadamente rigurosos que fija la jurisprudencia inglesa a efectos de la responsabilidad patrimonial del Estado a causa de su actividad normativa hacen muy difícil, incluso en tal supuesto, el reconocimiento del derecho a la reparación para los particulares que hayan sufrido un perjuicio a consecuencia de una violación del Derecho comunitario. En lo que se refiere a un reconocimiento esencial de la jurisprudencia nacional en materia de responsabilidad del Estado por la actividad normativa de la Administración pública, especialmente en lo que respecta a los distintos supuestos en los que la reparación está admitida en el sistema inglés, véase el punto 7 de mis conclusiones en el referido asunto.

16 — La demandante solicitó también al Juez nacional una medida provisional de suspensión de la aplicación de las disposiciones nacionales impugnadas, medida que le fue denegada.

Directiva, especificando los requisitos necesarios, en tal supuesto, para que los particulares tengan derecho a una reparación.

Por tanto, en el presente procedimiento se trata de determinar: a) si el principio de la responsabilidad patrimonial del Estado se extiende al supuesto de la ejecución no extemporánea pero incorrecta de una Directiva; b) si los requisitos establecidos por el Tribunal de Justicia en la sentencia Francovich y otros son suficientes para imponer al Estado miembro una obligación de reparación, aun en circunstancias como las del presente asunto, o si tiene que haber algo más; c) si se reúnen los requisitos en el presente asunto.

28. Dado que algunos de los aspectos que acabo de mencionar ya han sido ampliamente desarrollados en las referidas conclusiones relativas a los asuntos acumulados Brasserie du pêcheur y Factortame III, considero oportuno remitir a dichas conclusiones para los detalles necesarios. Así pues, me limitaré aquí a algunas observaciones breves y fundamentales, de carácter general, deteniéndome de forma más específica sólo en los aspectos particulares del supuesto que nos ocupa.

29. En primer lugar, señalaré que la obligación de reparar los perjuicios no puede limitarse al supuesto de que no se ejecuten Directivas, sino que, por el contrario, debe extenderse al caso, que es el del presente asunto, de que el perjuicio sufrido por el particular se deriva de la aplicación de una disposición nacional que ejecuta la Directiva y que resulta incorrecta, por lo que, como tal, no puede ser impugnada directamente ante el Juez nacional. En otras palabras, el hecho de que el particular pueda, en tal supuesto, obtener la protección del derecho invocado ante el Juez nacional no puede, por sí mismo, excluir toda posibilidad de protección patrimonial. [17]

A este respecto, recordaré especialmente que, en la sentencia Francovich y otros, [18] el Tribunal de Justicia, recordando las características fundamentales del sistema comunitario, llegó a la conclusión de que «el principio de la responsabilidad del Estado por daños causados a los particulares por violaciones del Derecho comunitario que le son imputables es inherente al sistema del Tratado» (apartado 35). Evidentemente, se trata de una afirmación de carácter general y de principio, que es válida por tanto en cualquier supuesto de violación del Derecho comunitario y no sólo en caso de no ejecución de Directivas. [19] En cuanto a este último supuesto, el Tribunal de Justicia sólo precisó que el derecho a reparación es «particularmente indispensable» precisamente porque, de otro modo, el individuo se vería privado de toda protección a pesar de los derechos que le confiere la Directiva. Sin embargo, esta precisión no excluye la reparación de daños que resultan de otro tipo de violaciones, tanto más cuanto

17 — Sobre estos aspectos, véanse los puntos 23 a 34 de las conclusiones relativas a los asuntos acumulados Brasserie du pêcheur y Factortame III.

18 — En lo que se refiere a los aspectos específicos relativos al asunto Francovich y otros, así como al fundamento y al alcance del principio de la responsabilidad y de la obligación de reparación por parte del Estado miembro que haya incurrido en incumplimiento, que se deducen de dicha sentencia, me remito a las conclusiones relativas a los asuntos acumulados Brasserie du pêcheur y Factortame III, especialmente a los puntos 15 a 22.

19 — Véanse, especialmente, los apartados 33, 35 y 37 de la referida sentencia.

el propio Tribunal de Justicia señala después que los requisitos necesarios para el derecho a indemnización resultan de la *naturaleza de la violación del Derecho comunitario* que origine el perjuicio causado (apartado 38).

30. Por otra parte, como he señalado en las conclusiones relativas a los asuntos acumulados Brasserie du pêcheur y Factortame III, anular el acto ilegal o no aplicar la ley incompatible con una disposición de rango superior puede, en ciertos casos, no ser suficiente. Para hacer que la protección sea real y eficaz, puede ser necesario restablecer también el contenido patrimonial del derecho lesionado y, por tanto, garantizar la reparación del perjuicio.

El principio de la responsabilidad patrimonial del Estado debe aplicarse como solución tanto alternativa como complementaria respecto a la protección sustancial; por consiguiente, debe aplicarse en lo que respecta a la violación tanto de las disposiciones que no son directamente aplicables, en el sentido de que los justiciables no pueden ampararse directamente en ellas ante los órganos jurisdiccionales nacionales, como de las que ofrecen, por el contrario, tal posibilidad. [20] Y esto, naturalmente, también se aplica en el supuesto, como el del caso de autos, de adaptación incorrecta del Derecho interno a un Directiva.

20 — En este sentido, por otra parte, resuelve la sentencia de 12 de julio de 1990, Foster y otros (C-188/89, Rec. p. I-3313), apartado 22, en la que el Tribunal de Justicia afirmó que el apartado 1 del artículo 5 de la Directiva 76/207/CEE, disposición que tiene efecto directo, «puede invocarse para obtener la indemnización de daños y perjuicios frente a un organismo» encargado de un servicio público.

31. En lo que respecta a los requisitos que determinan la responsabilidad patrimonial del Estado, es preciso, en primer lugar, recordar que, como señalo en las conclusiones que he citado varias veces, es indispensable, para que se asegure en todos los Estados miembros una protección patrimonial de manera, si no totalmente uniforme, por lo menos homogénea, que sea el propio Derecho comunitario quien establezca los requisitos mínimos que determinan el Derecho a la indemnización y, especialmente, los criterios según los cuales deben establecerse dichos requisitos, así como los límites «comunitarios» fijados a los requisitos «nacionales» relativos a la indemnización, ya sean procesales o no.

Esta es, por otra parte, la solución que el Tribunal de Justicia adoptó, aunque con algunas características especiales relacionadas con el caso de que se trataba, en la sentencia Francovich y otros. No hay ningún motivo para considerar que dicha solución se aplica sólo al supuesto de no adaptación del Derecho interno a una Directiva y no a la infracción de disposiciones directamente aplicables o al caso de adaptación incorrecta del Derecho interno a una Directiva.

32. En la sentencia Francovich y otros, recordémoslo, el Tribunal de Justicia reconoció la responsabilidad del Estado, siempre que se cumplan los tres requisitos siguientes: «Primero, que el objetivo de la Directiva sea atribuir derechos a los particulares. Segundo, que el contenido de estos derechos pueda determinarse basándose en las disposiciones de la Directiva. Tercero y último, que exista una relación de causalidad entre el incumplimiento de la obligación que incumbe al

Estado y el daño sufrido.» [21] Por otra parte, el Tribunal de Justicia precisó que estos requisitos «son suficientes para generar, en favor de los particulares, un derecho a indemnización que está basado directamente en el Derecho comunitario». [22] Por tanto, el Estado miembro al que sea imputable la no ejecución de una Directiva está obligado en cada caso a reparar el daño sufrido por el particular, siempre que concurran los requisitos establecidos por el Tribunal de Justicia.

¿Se impone esta conclusión también en el supuesto que nos ocupa, en el que no se trata de la no adaptación del Derecho interno a una Directiva dentro del plazo señalado, sino de una «adaptación incorrecta»? Dicho de otro modo, los *requisitos suficientes* para que se genere la obligación de indemnización del Estado miembro de que se trate, ¿son los mismos o, por el contrario, son diferentes en los dos supuestos de que se trata?

33. Las respuestas proporcionadas a este respecto durante el presente procedimiento han sido muy divergentes. Según la mayor parte de los Gobiernos que han intervenido, los requisitos establecidos por el Tribunal de Justicia en la sentencia Francovich y otros no bastan para determinar la responsabilidad del Estado. Es preciso, por el contrario, que se reúnan los mismos requisitos que se aplican en materia de responsabilidad extracontractual de las Instituciones comunitarias, [23] o bien hay que supeditar estrechamente la responsabilidad del Estado al requisito de la culpa.

La Comisión no opina igual y mantiene que los requisitos establecidos por el Tribunal de Justicia en la sentencia Francovich y otros son suficientes, dado que el artículo 189 del Tratado no hace ninguna distinción entre la no adaptación y la adaptación incorrecta del Derecho interno a una Directiva. En otras palabras, según esta Institución, lo que es relevante, tanto en un caso como en otro, es el incumplimiento, por parte del Estado miembro, de la obligación de resultado prescrita por la Directiva.

34. Diré sin dilación que no comparto este punto de vista. Además, tampoco me parece coherente con el defendido por la misma Institución en los asuntos acumulados Brasserie du pêcheur y Factortame III. En estos asuntos, recordémoslo, la Comisión sugirió la aplicación, como estándar, de los mismos requisitos restrictivos elaborados por el Tribunal de Justicia en su jurisprudencia referente al artículo 215.

21 — Los tres requisitos de que se trata, que el Tribunal de Justicia estableció en la sentencia Francovich y otros (apartado 40), se recogen aquí tal como fueron confirmados y resumidos por el Tribunal de Justicia en la sentencia de 14 de julio de 1994, Faccini Dori (C-91/92, Rec. p. I-3325), apartado 27. Véase, además, la sentencia de 16 de diciembre de 1993, Wagner Miret (C-334/92, Rec. p. I-6911), apartados 22 y 23. En este último caso, aun cuando se trataba de una Directiva — la misma que en el asunto Francovich y otros— a la que ya se había adaptado el Derecho nacional, el problema resultaba del hecho de que las disposiciones nacionales que confieren derechos no habían tenido en cuenta una categoría determinada de trabajadores, de modo que, en lo que a ellos respecta, dicha Directiva no había sido ejecutada.

22 — Sentencia Francovich y otros, antes citada, apartado 41.

23 — La jurisprudencia en cuestión o, mejor, los criterios elaborados en ella por el Tribunal de Justicia, son tratados, en cuanto a los aspectos relevantes en el presente asunto, en los puntos 61 a 69 de las conclusiones relativas a los asuntos acumulados Brasserie du pêcheur y Factortame III.

Ahora bien, si bien es cierto que la Directiva impone una obligación de resultado, dejando una facultad discrecional a los Estados miembros sólo en cuanto a la forma y a los medios para garantizar su ejecución, no es menos cierto, en mi opinión, que tal supuesto constituye una característica común de muchas disposiciones comunitarias, contenidas o no en el Tratado. No considero, por ejemplo, que pueda legítimamente negarse que el artículo 30 del Tratado impone una obligación de resultado a los Estados miembros; no obstante, la postura de la Comisión a este respecto va en el sentido de que, para que el Estado tenga la obligación de indemnizar, es preciso no sólo que haya una violación, sino también que sea grave y manifiesta.

35. Por tanto, el problema no puede ser resuelto basándose únicamente en el tipo de obligación prevista, en particular según se trate o no de una obligación de resultado. En mi opinión, debe admitirse, por el contrario, que un elemento decisivo para fijar límites a la posibilidad de transformar la ilegalidad en responsabilidad es, además de la facultad discrecional de que pueden gozar los Estados en el sector de que se trate, la mayor o menor precisión de la obligación impuesta y, en definitiva, la posibilidad de determinar con suficiente precisión el contenido del derecho invocado por el particular en un supuesto concreto. Estos son los factores, como he señalado ampliamente en las conclusiones relativas a los asuntos acumulados Brasserie du pêcheur y Factortame III, [24] que califican una violación de manifiesta y grave. En cambio, la culpa, entendida como componente subjetivo de la conducta ilegal imputada al Estado miembro, es irrelevante a efectos de establecer la responsabilidad del Estado miembro que ha incurrido en incumplimiento. [25]

Desde esta perspectiva, el hecho de que no se encuentre en la sentencia Francovich y otros ninguna precisión sobre los criterios que permiten definir la ilegalidad del comportamiento del autor del perjuicio no implica en absoluto que cualquier violación del Derecho comunitario que afecte a la esfera patrimonial de un sujeto titular de una posición jurídica basada en la disposición comunitaria violada implica, por sí mismo y automáticamente, un derecho a indemnización. [26] Por el contrario, de un modo mucho más simple, en aquel caso se trataba de una violación manifiesta y grave.

36. Más en general, como ya he precisado en las conclusiones relativas en los asuntos acumulados Brasserie du pêcheur y Factortame III, [27] se puede hablar de violación manifiesta y grave cuando:

a) se inclumplen obligaciones cuyo contenido es claro y preciso en todos sus elementos;

24 — Véanse, especialmente, los puntos 74 a 84 de dichas conclusiones.

25 — Véanse, a este respecto, los puntos 85 a 90 de las mismas conclusiones.

26 — Véanse, en particular, los puntos 55 a 60 de las conclusiones relativas a los asuntos acumulados Brasserie du pêcheur y Factortame III, así como el punto 28 de las conclusiones relativas a los asuntos acumulados Dillenkofer y otros.

27 — Véase, en particular, el punto 84 de dichas conclusiones.

b) la jurisprudencia del Tribunal de Justicia haya aclarado suficientemente, ya sea mediante una interpretación con carácter prejudicial o mediante una sentencia con arreglo al artículo 169 del Tratado, situaciones jurídicas poco claras que sean idénticas o, en todo caso, análogas a las controvertidas;

c) la interpretación de las disposiciones comunitarias relevantes, efectuada por las autoridades nacionales en el ejercicio de su actividad (o inactividad) normativa, resulte manifiestamente errónea.

37. Ahora bien, en lo que respecta al supuesto que nos ocupa, considero que no hay duda, habida cuenta de la interpretación del apartado 1 del artículo 8 de la Directiva, de que la ejecución en el ordenamiento jurídico nacional por el Estado miembro interesado no puede calificarse de manifiestamente errónea. El hecho de que el propio Reino Unido haya determinado los servicios excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva en virtud de una disposición (el apartado 1 del artículo 8) cuyo contenido está lejos de poder calificarse de claro e inequívoco me lleva, por tanto, a la conclusión de que en el presente asunto no ha habido una violación manifiesta y grave.

Desde este punto de vista, el asunto Francovich y otros era indudablemente distinto. El Estado miembro de que se trataba no había adaptado en absoluto el Derecho interno a la Directiva en cuestión dentro del plazo señalado, plazo respecto del cual no disponía ciertamente de ninguna facultad discrecional; precisamente es ese aspecto el que hacía que la violación en sí misma, fuese grave y manifiesta. [28]

38. En cuanto al hecho, también señalado durante el presente procedimiento, de que con dicho enfoque se acabaría «fomentando» adaptaciones del Derecho interno que se efectuarían dentro de los plazos señalados pero que serían totalmente incorrectas, basta con indicar que la solución que sugiero puede evitar abusos, que además deben considerarse improbables, por parte de los Estados miembros. El hecho es, efectivamente, que en caso de ejecución manifiestamente errónea o, si se prefiere, de disposiciones claras e inequívocas ejecutadas incorrectamente, habría que llegar a la conclusión de que se trata de una violación manifiesta y grave, que, por tanto, puede generar la responsabilidad patrimonial del Estado miembro de que se trate.

Sin perjuicio de las valoraciones que corresponde efectuar al Juez nacional basándose en los criterios que he precisado, considero, en definitiva, que la infracción del apartado 1 del artículo 8 de la Directiva, en los términos indicados anteriormente, no constituye una violación manifiesta y grave y no puede, por tanto, generar la responsabilidad patrimonial del Estado miembro interesado frente a la entidad contratante por los daños que le haya podido ocasionar la ejecución incorrecta de la disposición controvertida.

28 — Véase, en particular, el punto 81 de las conclusiones relativas a los asuntos acumulados Brasserie du pêcheur y Factortame III, así como las relativas a los asuntos acumulados Dillenkofer y otros, que corresponden, en la medida en que es relevante en el presente asunto, al supuesto del asunto Francovich y otros.

Conclusión

39. Por consiguiente, a la luz de las consideraciones expuestas, propongo al Tribunal de Justicia que responda del siguiente modo a las cuestiones planteadas por el Juez remitente:

«1) El apartado 1 del artículo 8 de la Directiva 90/531/CEE debe interpretarse en el sentido de que la determinación de los servicios de telecomunicaciones, prestados por cada entidad contratante, a los que se aplica o no la exclusión prevista por dicha disposición, debe efectuarse por las propias entidades contratantes.

2) La expresión "cuando otras entidades puedan ofrecer libremente los mismos servicios en la misma zona geográfica y en condiciones sustancialmente idénticas", que figura en el apartado 1 del artículo 8 de la Directiva 90/531/CEE, debe interpretarse en el sentido de que las referidas entidades deben estar no sólo formalmente autorizadas para operar en el mercado de los servicios de que se trata, cuyo acceso no está limitado por la ley, sino que también deben poder prestar dichos servicios en las mismas condiciones que la entidad contratante.

La decisión destinada a reconocer o no a servicios determinados la posibilidad de que se les aplique la exclusión, de conformidad con las condiciones de hecho y de Derecho contempladas en el apartado 1 del artículo 8 de la Directiva 90/531/CEE, debe tener en cuenta todas las características de los servicios de que se trate, la existencia de servicios sustitutivos, las condiciones de precio, la posición de los competidores en el mercado y la existencia de posibles restricciones legales.

3) El Estado miembro interesado no tiene la obligación de reparar los daños que puede haber sufrido una entidad contratante a causa de la ejecución incorrecta del apartado 1 del artículo 8 de la Directiva 90/531/CEE, dado que en este caso la violación no puede calificarse de manifiesta y grave.»