

LA NOCIÓN DE ESTADO EN RELACIÓN AL EFECTO DIRECTO VERTICAL DE LAS DIRECTIVAS: APLICACIÓN AL CASO ESPAÑOL

Por JERÓNIMO MAILLO GONZÁLEZ-ORÚS *

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN.—II. DELIMITACIÓN DE LAS CATEGORÍAS SUBJETIVAS DE ESTADO Y PARTICULAR. A) LA CALIFICACIÓN DE LA PARTE PASIVA DE LA RELACIÓN. A.1) *ALCANCE DE LA NOCIÓN DE ESTADO*: a) *Observaciones generales*. b) *Precisando la noción comunitaria de Estado a estos efectos*: b.1) El caso Foster: la solución al caso concreto. b.2) Implicaciones generales del caso Foster: un intento de extraer criterios e indicadores para futuros casos. c) *La determinación de una zona de seguridad y de una zona gris: la aplicación al caso español*. A.2) *ALCANCE DE LA NOCIÓN DE PARTICULAR*. B) LA CALIFICACIÓN DE LA PARTE ACTIVA DE LA RELACIÓN: B.1) *VISIÓN GENERAL*. B.2) *ESTUDIO ESPECÍFICO DE LAS «RELACIONES INTRA-ESTADO»*.—III. REFLEXIONES FINALES.

I. INTRODUCCIÓN

Las normas comunitarias, siempre y cuando reúnan determinadas condiciones establecidas en la jurisprudencia del TJCE, van a poder ser invocadas ante las autoridades públicas (administrativas y judiciales) nacionales, y éstas tendrán la obligación de aplicarlas directamente¹ (protegiendo

* Profesor Colaborador de Derecho Comunitario. Universidad San Pablo CEU. Madrid.

¹ Las normas comunitarias se pueden invocar ante la autoridad o juez nacional con diversos objetivos: con objeto de que la autoridad o juez nacional interprete la

los derechos y exigiendo las obligaciones en ellas contenidas) —incluso aunque no exista una norma nacional de desarrollo o transposición—, y deberán inaplicar las normas nacionales contrarias a esa disposición comunitaria. En algunas ocasiones al menos, la autoridad o juez nacional tendrá la obligación de aplicar dichas normas *de oficio*². Son los principios de eficacia directa y primacía del Derecho Comunitario.

Las condiciones necesarias para que una disposición comunitaria tenga efecto directo en una situación concreta dependen de dos aspectos interrelacionados: el tipo de norma comunitaria en que esté contenida (De-

norma nacional a la luz del texto y la finalidad de la norma comunitaria (obligación de interpretación conforme), en el marco de una reclamación de daños y perjuicios por violación del Derecho Comunitario (principio de responsabilidad por incumplimiento del Derecho Comunitario) o con la intención de que el juez o autoridad nacional resuelva el caso aplicando directamente la norma comunitaria (principio de eficacia directa). Sólo en este último supuesto, estaríamos hablando del *efecto directo* de la norma comunitaria. Las condiciones para que la norma sea invocable son mucho más exigentes cuando se está solicitando que la norma surta efecto directo. El presente artículo profundiza en algunas de las condiciones para que se pueda solicitar con éxito el efecto directo.

² *De forma resumida, existirá obligación para aplicar de oficio la norma comunitaria al menos en las dos situaciones siguientes: primera, cuando el Derecho nacional impone la obligación de aplicar de oficio las normas nacionales (no puede haber discriminación en perjuicio de las normas comunitarias); segunda, si el Derecho nacional permite la aplicación de oficio, y dicha aplicación es necesaria para garantizar la efectividad de la norma comunitaria y la consiguiente protección de los derechos otorgados por la norma comunitaria a los particulares. Finalmente, si las normas procedimentales nacionales estableciesen limitaciones a esa aplicación de oficio, habría que hacer un análisis del caso concreto para saber si dicha limitación es o no aceptable y compatible con el ordenamiento comunitario (en particular con el principio de efectividad de la normativa comunitaria). Vid., entre otras, las sentencias del TJCE de 14 de diciembre de 1995, as. C-430 y 431/93, Van Schijndel y otros, Rec. p. I-4705, y de la misma fecha, as. C-312/93, Peterbroeck, Rec. p. I-4599. Para profundizar en esta cuestión, se pueden consultar: PRECHAL, S.: «Community Law in National Courts: the lessons from Van Schijndel», *CMLRev.* Vol. 35 (1998) p. 681, especialmente pp. 697 y ss.; CANIVET, G. & HUGLO, J.-G.: «L'obligation pour le juge judiciaire national d'appliquer d'office le droit communautaire au regard des arrêts Jeroen Van Schijndel et Peterbroeck», *Rev. Europe*, avril, (1996), p. 1; MANGAS MARTÍN, Araceli: *Los principios del Derecho Comunitario en sus relaciones con los ordenamientos internos (I)*, Capítulo XVI del libro de la propia autora y LIÑÁN NOGUERAS, Diego J.: *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, McGraw-Hill, Madrid, 1996, p. 405; y SIMON, D.: *La Directive européenne*, Dalloz, 1997, París, pp. 84 y ss.*

recho originario, reglamento, directiva o decisión) y el tipo de relaciones en el marco del cual se está discutiendo el eventual efecto directo. Se distingue así entre relaciones horizontales y verticales. La relación será vertical si la invoca un particular contra el Estado; vertical inversa si es el Estado quien la invoca contra el particular; y horizontal si el particular la invoca contra otro particular³.

La determinación del tipo de relación vertical u horizontal no es trascendente en el caso de normas de Derecho originario y reglamentos, puesto que el Tribunal ha establecido que si la disposición invocada reúne las llamadas condiciones materiales de efecto directo (es decir es suficientemente clara, precisa e incondicional; con un contenido mínimo sobre el que el Estado no tiene margen de apreciación) estas normas tienen «efecto directo pleno»; es decir, en todo tipo de relaciones, sean estas horizontales o verticales. La distinción, sin embargo, cobra enorme importancia en el caso de Directivas (y decisiones dirigidas a Estados miembros⁴). Siempre que la Directiva no haya sido transpuesta correctamente, haya expirado el plazo de transposición⁵ y la disposición en cuestión reúna las condiciones materiales de efecto directo, la Directiva tendrá «efecto directo limitado», es decir podrá ser invocada ante la administración y ante el juez

³ En los supuestos en que un órgano estatal ha invocado el efecto directo de la Directiva contra otro órgano estatal —por ejemplo, una entidad pública local contra el Estado central— el TJCE ha considerado que la entidad pública local debía ser considerada como un *particular* en esa situación concreta, y por lo tanto la relación era vertical particular-Estado. Las dificultades que este tipo de razonamiento conlleva quedan claras si consideramos que si otro particular hubiese invocado la Directiva contra la mencionada entidad pública local, esta última hubiera sido considerada como Estado; es decir, que dependiendo de si es la parte activa o pasiva, la misma entidad sería calificada de particular o Estado. Vid. los siguientes apartados de este artículo para mayores detalles (en particular ap. B.2).

⁴ De ahora en adelante hablaré solamente de Directivas, pero todo lo que se diga es generalmente aplicable a las Decisiones dirigidas a los Estados miembros. Tan sólo hay que tener en cuenta que en el caso de las Decisiones no existe un plazo de transposición al ordenamiento interno, sino simplemente una fecha de entrada en vigor, por lo que la condición relativa a la expiración del plazo de transposición debe ser sustituida en el caso de la Decisión por la exigencia de que la Decisión esté ya en vigor.

⁵ Sobre los efectos de la Directiva antes de la finalización del plazo de transposición, vid. GONZÁLEZ ALONSO, Luis N.: «Las obligaciones de los Estados miembros durante el plazo de transposición de las Directivas (Comentario a la sentencia del TJCE de 18 de Diciembre de 1997, Inter-Environnement Wallonie)», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Enero/Junio (1998), pp. 243-259.

nacional, y ambos estarán obligados a aplicarlas directamente, pero sólo en determinado tipo de relaciones. La jurisprudencia actual del Tribunal es la siguiente: hay efecto directo en las relaciones verticales particular contra Estado⁶; no hay efecto directo ni en las relaciones verticales inversas —Estado contra particular⁷— ni en las horizontales entre particulares⁸. Por lo tanto en el caso de las directivas (y decisiones dirigidas a Estados miembros), la determinación de si se trata de una relación vertical u horizontal es clave para saber si la disposición tiene efecto directo en el caso concreto.

La delimitación entre relaciones verticales y horizontales plantea fundamentalmente dos grandes cuestiones. En primer lugar, la identificación de las partes (activa y pasiva) en la relación, y el criterio en función del cual se adopta dicha decisión: el nexo que hace que esa persona esté implicada (delimitación del vínculo o nexo de implicación). En segundo lugar, determinar si las partes identificadas encajan en la categoría de Estado o de particular (delimitación de las categorías subjetivas).

El orden lógico en el que el operador jurídico deberá proceder normalmente para calificar la relación de vertical (inversa o no) u horizontal será el indicado en el párrafo anterior, es decir, primero identificar a las partes activa y pasiva para en un segundo momento determinar a qué categorías pertenecen cada una de ellas. No obstante, es factible que haya situaciones en que no sea imprescindible identificar con exactitud a todas las partes en la relación para saber si la disposición de la Directiva tiene o no efecto directo⁹. Salvo en estas situaciones excepcionales, es muy conveniente que se siga el orden indicado para evitar desperdiciar tiempo y esfuerzo en calificaciones inútiles.

⁶ Vid. por ejemplo las sentencias del TJCE de 26 de febrero de 1986, as. 152/84, Marshall, Rec. p. 736, y de 19 de Enero de 1982, as. 8/81, Becker, Rec. p. 53.

⁷ Vid. por ejemplo la sentencia del TJCE de 17 de junio de 1987, as. 14/86, Pretore di Saló, Rec. p. 2565.

⁸ Vid. por ejemplo las sentencias del TJCE de 14 de julio de 1994, as. C- 91/92, Faccini DORI, Rec. p. I- 3325, y de 7 de Marzo de 1996, as. C-192/94, El Corte Inglés, Rec. p. I-1281.

⁹ Por ejemplo, si sabemos que la parte pasiva puede ser sólo «A» o «B» y los dos son particulares, podremos prescindir de la completa identificación de las partes, puesto que en cualquiera de las hipótesis posibles de solución, no habrá efecto directo de la Directiva (sea «A» o sea «B»), la parte pasiva será un particular; independientemente de cuál sea la parte activa —sea Estado o particular— e independientemente por lo tanto de que se trate de una relación vertical inversa o de relación horizontal, el TJCE ha dejado claro que no existe efecto directo de las Directivas).

La identificación de las partes implicadas en la relación no es tan simple como pudiera parecer. Aunque en muchas situaciones la parte activa será la que solicite el efecto directo de la Directiva y la pasiva aquella frente a quien se invoque tal efecto, la jurisprudencia del TJCE —en particular, algunas de las sentencias adoptadas a mediados de los años 90— muestran que este criterio no es válido en todas las situaciones. Hay litigios entre particulares —la Directiva se invoca por un particular frente o otro particular— en los que el Tribunal ha concluido que existía efecto directo de la Directiva¹⁰, ratificando paralelamente antes y después de dichos casos que no existe efecto directo horizontal de las Directivas¹¹. Es pues evidente que el Tribunal está utilizando un nexo de implicación para la identificación de las partes —al menos en esos casos— distinto al simple «persona que alega-frente a la que se alega» la Directiva. Dada la brevedad de la motivación del Tribunal no es evidente cuál es ese nexo de implicación: parece que la parte pasiva puede ser la persona *a cargo* de quien la Directiva imponga la obligación¹² o el que podríamos llamar *obligado secundario* de la disposición concreta de la Directiva que se está invocando¹³; la parte activa sería el *beneficiario* del efecto directo de la Directiva (normalmente la persona que lo invoca).

Una vez identificadas las partes, hay que estudiar si dichas partes entran dentro de la categoría de Estado o por el contrario, son considerados particulares. Es importante resaltar que el Tribunal no utiliza criterios idénticos para la calificación en el caso de tratarse de la parte activa o de la pasiva: es, por lo tanto, posible que una entidad sea calificada de Estado en un caso al ser la parte pasiva de la relación, y de particular en otro al ser la parte activa. Analizar esta delimitación de categorías subjetivas, tanto

¹⁰ Vid. en particular las sentencias de 12 de marzo de 1996, as. C-441/93, Pafitis y otros, Rec. p. I-1366; la de 30 de abril de 1996, as. C-194/94, CIA Security International, Rec. p. I-2230, y la de 12 de Noviembre de 1996, as. C-201/94, Smith & Nephew y Primecrown, Rec. p. I- 5848.

¹¹ Vid. sentencias en los casos DORI y El Corte Inglés, cit. nota 8.

¹² Vid. MANGAS MARTÍN, A., cit. nota 2, p. 399.

¹³ La obligación de transposición de la Directiva —*obligación primaria*— corresponde siempre al Estado. El texto de la Directiva puede incluir explícitamente obligaciones concretas cuyos destinatarios —tras transposición en su caso— serían los particulares o el propio Estado. A estas últimas se las podría denominar *obligaciones secundarias* y a las personas llamadas a soportarlas, en cada caso concreto, *obligados secundarios*. Vid. MAILLO GONZÁLEZ-ORÚS, J.: «Efecto directo limitado de las Directivas: alcance y significado» (próxima publicación en *GJUE y de la competencia*, n.º 204).

en el caso de la parte activa como de la pasiva, identificando los criterios utilizados por el Tribunal y aplicándolos a la actual situación española es el contenido fundamental de este artículo. Pretendo, pues, ofrecer una *guía de aplicación práctica* lo más sencilla posible —sin obviar todas las complejidades e incertidumbres que existen— para cualquier operador jurídico, en particular a los jueces españoles, al enfrentarse a esta cuestión. Por eso, no está de más recordar el reparto de funciones que en esta materia existe entre el juez nacional y el TJCE, para saber qué podemos esperar del Tribunal de Luxemburgo o cuándo y en qué medida se podrá solicitar su ayuda.

Al TJCE le ha correspondido, en el marco de cuestiones prejudiciales que han venido planteándose por jueces nacionales, dar las indicaciones generales sobre lo que se debe de entender por Estado o particular a estos efectos. El juez o tribunal nacional debe seguir estas indicaciones y aplicarlas a la situación concreta que tiene ante sí. En muchas ocasiones, estas indicaciones serán suficientes para la calificación del juez nacional (este sería el caso, de lo que he identificado más adelante en el artículo como *zona de seguridad*). En otros casos, pueden subsistir ciertas dudas: el juez nacional deberá hacer un análisis más cauteloso (*zona gris*). El juez está siempre facultado y en algunos casos obligado a plantear una nueva cuestión prejudicial al TJCE solicitando información adicional para resolver el caso¹⁴. Cuando se plantee una nueva cuestión, dado que el juez nacional deberá proporcionarle al TJCE la información sobre el contexto fáctico y jurídico en el marco del cual se plantea la cuestión prejudicial, la respuesta del TJCE dejará casi siempre pocas dudas al juez nacional sobre la calificación que deba hacer el juez nacional en el caso concreto, además de enriquecer las indicaciones generales para futuros casos.

¹⁴ El juez o tribunal de última instancia —entendido como aquel en el que no cabe recurso ulterior ordinario de Derecho interno— estará obligado al planteamiento de la cuestión prejudicial, siempre que la calificación de tal organismo sea relevante para la solución del litigio concreto, no haya sido resuelto por la jurisprudencia comunitaria anterior y no esté *absolutamente claro* si es Estado o particular. Vid. artículo 177 del Tratado CE, tal y como ha sido interpretado por el propio TJCE en su sentencia de 6 de Octubre de 1982, as. 283/81, CILFIT, Rec. p. I- 3415.

II. DELIMITACIÓN DE LAS CATEGORÍAS SUBJETIVAS DE ESTADO Y PARTICULAR

A) LA CALIFICACIÓN DE LA PARTE PASIVA DE LA RELACIÓN

En *cada situación concreta*, una entidad u organismo pertenecerá de forma excluyente a una sola de las dos categorías. Tal solución es lógica si tenemos en cuenta que lo que se está decidiendo es si una disposición concreta de una norma comunitaria crea o no directamente obligaciones para ella¹⁵.

El TJCE ha optado por delimitar positivamente una de las dos categorías (concretamente la de Estado¹⁶) y definir la segunda por exclusión (toda persona que no sea Estado, será considerada un particular).

No disponemos en la jurisprudencia de una definición completa de carácter general de lo que es Estado a estos efectos¹⁷; el Tribunal se ha limitado a resolver de forma casuística si un órgano determinado entra o no dentro de la categoría de Estado. No obstante, la interpretación de sus razonamientos y su argumentación en estos casos nos permite deducir una serie de criterios de delimitación que, si bien no exhaustivos, nos pueden ser de indudable utilidad.

¹⁵ La posibilidad de que existiese alguna categoría intermedia, «una tercera categoría», se llegó a discutir ante el Tribunal, pero los Abogados Generales se encargaron de argumentar en su contra y el Tribunal nunca la ha aceptado. Vid. en particular, las conclusiones del Abogado General Van Gerven en el as. C-188/89, Foster, Rec. 1990, pp. I-3332-33.

¹⁶ La terminología utilizada para denominar esta categoría ha sido variada: Estado, órgano estatal, emanación del Estado, autoridad estatal o autoridad pública.

¹⁷ Es cierto que en el texto de las sentencias se encuentran algunas expresiones formuladas de modo bastante genérico, pero dichas expresiones deben ser tomadas con cautela puesto que un examen más detallado nos hace ver su estrecha vinculación con el supuesto fáctico del caso concreto. Vid. en particular para el análisis de las formulaciones del Tribunal en el caso Foster, los próximos apartados b.1 y b.2 de este artículo.

A.1) ALCANCE DE LA NOCIÓN DE ESTADO

a) *Observaciones generales*

Hay una serie de puntos que conviene siempre tener presentes al examinar los argumentos y los datos de las partes implicadas y decidir la categoría a la que pertenece una entidad:

Primero.—Se trata de una noción de Derecho Comunitario. Por lo tanto, el juez nacional no podrá fiarse de las calificaciones de dicho órgano o Institución según el ordenamiento nacional. (Incluso un organismo privado según el Derecho nacional podría ser Estado a estos efectos)¹⁸.

Segundo.—No existe solamente una noción comunitaria de Estado, sino que existen diferentes nociones dependiendo de la norma comunitaria que esté siendo objeto de aplicación, y de la función que la noción de Estado cumpla en relación a dicha norma¹⁹. Por lo tanto, el hecho de que el TJCE o la Comisión hayan declarado que un órgano es parte del Estado a los efectos de la aplicación de la libre circulación de personas, de mercancías u otras normas comunitarias no implica que dicho órgano sea Estado por lo que se refiere al efecto directo de las Directivas²⁰.

Tercero.—Si existe una declaración anterior de que un órgano forma parte de la categoría de Estado en cuanto al efecto directo de las Directivas, normalmente dicha calificación se podrá mantener en el caso que está siendo estudiado. No obstante, se deben de adoptar al menos dos cautelas:

¹⁸ La incorrecta utilización de criterios nacionales para evaluar esta cuestión ha generado, en algunos Estados miembros, peligrosas desviaciones para la uniforme aplicación de las Directivas comunitarias y la efectividad de los derechos que otorgan a los particulares. Vid., en el caso del Reino Unido, el artículo de CURTIN, D.: «The Province of Government: Delimiting the Direct Effect of Directives in the Common Law Context», *European Law Review*, 1990, pp. 195-223.

¹⁹ La noción de Estado es también importante en el marco, por ejemplo, de la libre circulación de personas (ex-art. 48.4 y 55.1 del Tratado CE) y la libre circulación de mercancías (concepto de medida estatal en el marco del ex-art. 30 del Tratado CE).

²⁰ Como máximo los pronunciamientos de la Comisión o el TJCE en otros campos nos pueden servir como apoyo adicional —no decisivo— y siempre tras un proceso de adaptación a la situación y objetivos perseguidos por el Tribunal en el marco del efecto directo de las Directivas. Serán así más útiles las nociones amplias de Estado (como la utilizada por el Tribunal en el marco del ex-art. 30) que conceptos restringidos (como los de los ex-art. 48.4 y 55.1).

a) En primer lugar, cabe que las circunstancias o la regulación de dicho órgano hayan cambiado entre el momento de la primera y la segunda calificación. Por ejemplo, el TJCE puede haber declarado que una empresa es Estado y está obligada por una Directiva, basando dicha decisión en el control y la dirección que el Estado ejerce sobre sus actividades. Pues bien, con posterioridad a esta declaración, dicha empresa puede ser privatizada, y ello haría que dicha empresa dejase probablemente de ser Estado a estos efectos.

b) En segundo lugar, hay que aclarar si la calificación de Estado es genérica (con respecto a todo tipo de Directivas, sea cual sea su objeto) o si, al menos en algunos casos, existe una vinculación decisiva entre el objetivo y contenido de la Directiva, y la calificación como Estado; o, en otras palabras, ¿es posible que una misma entidad sea considerada como Estado con respecto a ciertas de sus actividades y no en relación a otras? ¿si una entidad ha sido calificada como Estado y obligada directamente por las disposiciones de una Directiva concreta no transpuesta, se puede decir que habrá efecto directo vertical de todas las Directivas frente a ella? La respuesta a estas preguntas está íntimamente relacionada con los criterios que definen la noción comunitaria de Estado a estos efectos y que analizo más adelante. Será, pues, al hilo de este análisis cuando se responda a esta cuestión²¹.

Cuarto.—Se trata de una noción finalista, cuyo objetivo subyacente es extender al máximo posible, dentro de los límites que el Tratado permite²², la efectividad de las Directivas, y al mismo tiempo evitar que el Estado pueda obtener una ventaja derivada de su incumplimiento de transponer a tiempo y correctamente la Directiva (sancionándole y presionándole para que cumpla)²³. Aunque no existe una total unanimidad en la doctrina

²¹ Vid. en particular el estudio de la *zona gris* de la noción de Estado y las últimas precisiones sobre la noción de particular (apartados A.1, c) y A.2, infra).

²² En la actual visión del TJCE, ese límite parece ser la imposibilidad de que la Directiva cree «obligaciones directas» a cargo de los particulares. Para profundizar en el significado de «directa» y «a cargo de», vid. MAILLO GONZÁLEZ- ORÚS, J., cit. nota 13.

²³ Esta segunda motivación ha ido adquiriendo una importancia creciente a partir de la sentencia de 5 de abril de 1979, as. 148/78, Ratti, Rec. p. 1979. Vid. por ejemplo sentencia de 12 de Julio de 1990, as. C-188/89, Foster c. British Gas plc., Rec. p. I- 3313, FJ 17, o más recientemente sentencia de 26 de Septiembre de 1996, as. C-168/95, Arcaro, Rec. p. I- 4720, FJ 36 (y las sentencias allí citadas). Es con este significado como debe entenderse las referencias que en este artículo haga a la doctrina del estoppel o del principio de *non venire contra factum proprium*.

na sobre los fundamentos concretos del efecto directo de las Directivas²⁴, todos estos fundamentos apoyan una noción amplia de Estado, que incluya toda actividad, sea cual sea su naturaleza, que directa o indirectamente sea atribuible a los poderes del Estado u organismos a ellos vinculados. Las diferencias de opinión o dificultades podrían venir en el momento de precisar cuál es el grado y la naturaleza de la vinculación suficiente para dicha calificación. Esa labor de precisión es la que emprendo a continuación.

b) *Precisando la noción comunitaria de Estado a estos efectos*

Para esa labor de precisión, es fundamental analizar las discusiones y los argumentos utilizados en el caso clave en esta materia: el asunto Foster²⁵. Intentaré, en primer lugar, desbrozar las circunstancias del caso y la solución del Tribunal al caso concreto, para después extraer las implicaciones generales del mismo —en particular unos criterios de delimitación—, que intentaré desarrollar y finalmente aplicar a la actual situación española.

b.1) El caso Foster: la solución al caso concreto

En este asunto, se discutió si la British Gas Corporation (BGC) era Estado a estos efectos y si se podía alegar directamente frente a ella una

²⁴ Para un análisis detallado de las bases para el reconocimiento del efecto directo de las Directivas por el TJCE (entre las cuales se encuentran, entre otras, el carácter vinculante de las Directivas para los Estados miembros, art. 249.3, una teoría *sui generis* y muy extensiva de los principios de «nemo auditor», «estoppel» o «non venire contra factum proprium», o la cláusula de lealtad del art. 10 del Tratado CE), se puede consultar PRECHAL, S.: *Directives in European Community Law. A Study of Directives and Their Enforcement in National Courts*, Clarendon Press, Oxford, 1995, pp. 249-260.

²⁵ Sentencia Foster, cit. nota 23. Entre los comentarios doctrinales a esta sentencia, vid. SZYSZCZAK, E., en *CMLRev.* 1990, pp. 859-871, Grief N., en *European Law Review.* 1991, pp. 136-143; TRAVERSA, E., en *RTDE* 1991, pp. 425-43; BOCCIA, M. G., en *Diritto comunitario e degli scambi internazionali* 1991, pp. 377-380. Son interesantes también los comentarios que se pueden encontrar en Prechal, S.: «Directives...», cit. nota 24, en particular pp. 80-85; PRECHAL, S.: «Remedies After Marshall», *CMLRev.* 1990, pp. 451-473, en particular pp. 457-462; y CURTIN, D.: «The Province of ...», cit. nota 18, pp. 198 y ss.

Directiva sobre igualdad de trato de hombres y mujeres en relación al acceso y condiciones de empleo. La BGC era una persona jurídica constituida por ley, encargada de desarrollar y mantener, en régimen de monopolio, un sistema de distribución del gas en Gran Bretaña²⁶, bajo el control directo del ejecutivo y del legislativo²⁷; para lo cual, disponía de algunas prerrogativas especiales en ámbitos muy limitados²⁸.

La sentencia resuelve el caso concreto con claridad cuando el Tribunal dice que entre las entidades que son Estado a estos efectos, «*figura, en cualquier caso, un organismo al que, cualquiera que sea su forma jurídica, le ha sido encomendado, en virtud de un acto de 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*»²⁹. Aunque formulado *in abstracto*, parece una descripción de las principales características de BGC; cualquier duda quedaba, pues, despejada: BGC era Estado y la Directiva se podía invocar frente a ella.

²⁶ En Derecho nacional, era un organismo público, aunque su personal no eran empleados del Estado a efectos de la legislación laboral del Reino Unido. A los fines de la aplicación de ciertas disposiciones legales nacionales era una autoridad pública. Ver Informe para la vista, p. I-3316.

²⁷ El Secretary of State competente nombraba a los miembros del órgano de dirección, y además tenía la facultad de dar a la BGC directrices generales respecto a cuestiones que afectaran al interés nacional, así como instrucciones respecto de su gestión, instrucciones que eran vinculantes. Podía igualmente ordenarle destinar determinados fondos a fines específicos o ingresarlos en el Tesoro Público. La BGC además debía presentarle informes periódicos sobre sus actividades, informes que eran transmitidos a las dos Cámaras del Parlamento. Ver Informe para la Vista, pp. I-3315-16 y Conclusiones Abogado General, pp. I-3327-28, así como FJ n° 4-5 de la sentencia.

²⁸ La BGC tenía derecho a presentar proposiciones de ley al Parlamento con la autorización del Secretary of State. Ver Informe para la Vista, p. I-3316. Conviene destacar que dicha prerrogativa no se refería directamente a las relaciones de BGC con el ciudadano, ni tenían conexión con el objeto o contenido de la Directiva concreta (sólo podía presentar proyectos en los ámbitos que le afectaban directamente, es decir en lo relativo al mercado del gas y no en el ámbito de las relaciones laborales —ver observaciones escritas de BGC en p. I-3320 del Informe para la Vista—). Igualmente se ha de tener presente que dicha prerrogativa se limitaba a la presentación de proposiciones de ley (no actos decisorios) y, como ya se ha mencionado, necesitaba, al mero nivel de propuesta, la autorización de una autoridad pública como era el Secretary of State. No debemos olvidar, no obstante, que disponía de un monopolio en este sector.

²⁹ FJ 20 de la Sentencia.

En cuanto a los motivos concretos en los que el Tribunal basaba esta solución, su identificación es más complicada y menos precisa. Es claro que han confluído dos tipos de consideraciones: las primeras de carácter funcional, en particular, el haber sido encargado de una función pública (la gestión de un servicio de interés público), para la cual además había recibido una serie de prerrogativas especiales; las segundas, el control que sobre dicha entidad ejercían otros órganos del Estado, muy en particular el Secretary of State. Por lo demás, poco más podemos obtener de la lectura de este párrafo: no sabemos la importancia que ha dado a cada uno de estos elementos, no se puede deducir cuáles de estos factores hubieran sido suficientes por sí solos para la calificación de BGC como Estado. Esto dificulta la deducción de criterios generales válidos para ser aplicables a futuros casos y obliga a ser cautos al realizar esta operación.

b.2) Implicaciones generales del caso Foster: un intento de extraer criterios e indicadores para futuros casos

Cuando el TJCE —en el FJ 20— declara que un organismo que reúna todas las características de la BGC será, «*en cualquier caso*», Estado, nos da entender que no todas esas características son imprescindibles. Esto se ve confirmado en el FJ 18 de la sentencia cuando dice que hay que considerar parte del Estado a los «*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*». La amplitud y la falta de precisión de la expresión utilizada por el Tribunal deja importantes márgenes de incertidumbre. La utilización de la conjunción disyuntiva parece denotar que es suficiente la existencia de control o que el organismo tenga poderes exorbitantes³⁰. No se precisa a qué tipo de control se refiere, ni si cualquier poder del que no gocen normalmente los particulares es suficiente³¹.

³⁰ Esta lectura literal puede encontrar apoyo además en una interpretación teleológica si tenemos en cuenta que la razón alegada en el FJ 17 de la Sentencia a esta expansión del concepto de Estado es que «procede evitar que el Estado pueda obtener ventajas de su incumplimiento de Derecho Comunitario».

³¹ En relación al caso concreto, las prerrogativas de las que la BGC disponía que aparecen mencionadas en la documentación sobre el caso han sido ya mencionadas en una nota anterior. En su sentencia, el Tribunal es parco en palabras en este punto. Debido a ello, las dudas son muchas: ¿a qué prerrogativas se está refiriendo?

Particularmente ambigua es la expresión «*sometidos a la autoridad del Estado*»: parece claro que no puede tratarse de los poderes generales (normativo, coercitivo, etc) que el Estado tiene frente a las personas físicas y jurídicas, puesto que de lo contrario nadie escaparía a dicho sometimiento y por lo tanto no tendría sentido la distinción particular-Estado³². Debe tratarse pues de una vinculación más estrecha y más específica con esa entidad, una especie de control reforzado e individualizado que le permita delimitar sus fines y sus grandes líneas de actuación e intervenir directa o indirectamente en la dirección de su comportamiento. De nuevo carecemos de datos suficientes sobre el nivel exigible y el significado de control.

En resumen, parecen existir dos criterios alternativos —cada uno de ellos suficientes³³— para delimitar la noción de Estado a estos efectos: el primero de carácter funcional (actuación de una autoridad pública o desempeño de una función pública), el segundo basado en la existencia de control (independientemente de la naturaleza de la función desempeñada). No es difícil adivinar que el resultado de la aplicación de estos criterios será una noción amplia de Estado que alcance, aunque sea limitadamente, no solamente a los órganos clásicos del Estado, sino también a todas las entidades, independientemente del tipo de actividad que realicen, que es-

do? ¿a cualquiera extraordinaria o sólo a aquellas que rigen la relación directa de la entidad con el particular? ¿es verdaderamente importante en el caso concreto la contribución —sin poder decisorio y bajo el visto bueno del Secretary of State— a la regulación del sector? ¿o lo importante es solamente la existencia de un monopolio en su favor? ¿o se derivaban de este monopolio y en general de la gestión de este servicio público otras prerrogativas que no se mencionaron?

³² En el mismo sentido apunta el hecho de que, en la parte dispositiva de la sentencia, se mencionen todos los elementos de este FJ salvo éste de «sometido a la autoridad» que desaparece. Parece que «autoridad» se usó en el FJ 18 como sinónimo de «control».

³³ Aunque el Tribunal no lo dice expresamente, ésta es la interpretación habitual de la doctrina: ver Prechal, S. ; «Directives...», cit. nota 24, pp. 83 y 84, por ejemplo. Por mi parte, coincido plenamente con dicha postura, siempre y cuando el control del Estado sea sobre el organismo en sí (y por lo tanto dirija todas sus actividades) —o cuando dicha entidad no desempeñe más que funciones públicas. En estos supuestos, la entidad será siempre considerada como Estado. Por el contrario, si el control se limita a alguna de las actividades de dicha entidad o ésta ejerce también funciones privadas, el hecho de que ejerza funciones públicas o que el Estado controle algunas de sus actividades no será suficiente, en mi opinión, para que dicha entidad sea considerada *siempre* como Estado.

tén bajo la tutela y dirección de dichos órganos —normalmente del Gobierno y de la Administración—, así como a particulares, en la medida en que obraren por delegación o como meros agentes o mandatarios de dichos órganos.

Por lo demás, la falta de definición de estos criterios —en particular de las nociones de control y de autoridad o función pública— dejan un importante margen de incertidumbre: de la delimitación y definición de este margen depende que el alcance de la noción de Estado sea más o menos extensa.

c) *La determinación de una zona de seguridad y una zona gris: la aplicación al caso español*

A continuación —y con referencia al caso español—, intentaré detallar cuál es, en mi opinión, ese margen existente de incertidumbre y aportaré un marco de discusión y mi punto de vista sobre cómo debieran cubrirse algunas de las lagunas. A efectos expositivos, diferenciaré una «zona de seguridad» integrada por un grupo de casos relativamente claros de entidades que serán Estado a estos efectos³⁴ y una «zona gris» en la que la calificación es mucho más dudosa y debe ser hecha con mucha más cautela. La *zona de seguridad* cubre:

A) *Todas las entidades que ejercen las funciones correspondientes al poder legislativo y el judicial, así como los órganos de Gobierno y las Administraciones Públicas Territoriales*, tanto a nivel central como regional o local³⁵.

³⁴ Aunque en algunos casos persistan dudas sobre si un supuesto de hecho concreto se ajusta a los casos-tipo que integran esta zona de seguridad, o sea necesario precisar el significado de esos casos-tipo.

³⁵ Así por ejemplo el Tribunal ha calificado de Estado a estos efectos, por ejemplo, a la *Administración fiscal* —sentencias de 19 de Enero de 1982, as. 8/81, Becker, Rec. 1982, p. 53, y de 22 de Febrero de 1990, as. C-221/88, Busseni, Rec. 1990, p. I-495—, y a *corporaciones locales* —sentencia de 22 de Junio de 1989, as. 103/88, Costanzo, Rec. 1989, p. 1839—. Por otra parte, está fuera de toda duda que tanto el legislativo como los jueces y tribunales son destinatarios de las directivas y están obligados directamente por su contenido en el marco de sus respectivas competencias. En todos estos casos, la evidente función pública que desempeñan, las potestades extraordinarias de que disponen, así como su adscripción a los tres poderes clásicos del Estado, dejan claro su calificación.

B) La *administración institucional tradicional*, en particular los organismos autónomos adscritos a los diferentes Ministerios, las entidades gestoras de la Seguridad Social y otros entes públicos *instrumentales*³⁶.

No sólo será fácil en muchos casos demostrar que tienen como objetivo desempeñar determinadas funciones públicas y que disponen de prerrogativas extraordinarias, sino que no cabe ignorar que están bajo el control de la administración matriz correspondiente. Aunque estos entes disponen de personalidad jurídica propia, son en realidad meros instrumentos en manos de sus Administraciones matrices. Disponen simplemente de una cierta autonomía ejecutiva u operacional —ni siquiera de mecanismos de verdadero autogobierno—: están bajo el control constante del ente matriz. Es este último quien presenta los programas y planes, el presupuesto y dotaciones financieras del ente institucional, y es ante el ente matriz que habrá de rendir cuentas y presentar la memoria de resultados. Es pues el ente matriz quien establece la dirección estratégica del ente filial. La manifestación más clara de esta dirección se puede ver en los mecanismos de tutela en manos del ente matriz: por ejemplo, el nombramiento por el ente matriz de los órganos directivos del ente filial y la posibilidad de revocar dichos nombramientos, o el sometimiento a autorización de ciertas de sus decisiones. A veces estas facultades de control se completan con la posibilidad de recurrir en un alzada impropia las decisiones de los órganos directivos del ente filial ante la Administración matriz.

C) Las llamadas autoridades administrativas independientes o «*agencias independientes*», y *otros organismos dotados de autonomía y mecanismos de autogobierno*.

Este tipo de entidades cada vez más frecuente en los países europeos y en España³⁷ deben ser considerados también Estado a los efectos ahora

³⁶ Vid. por ejemplo la sentencia de 26 de Febrero de 1986 —as. 152/84, Rec. 1986, p. 723— que califica de Estado a estos efectos a *autoridades públicas encargadas de garantizar los servicios de sanidad pública*. En España, tal sería pues el caso, entre otros, de las entidades gestoras de la Seguridad Social —INSS, INSA-LUD, INSERSO...—. El sector empresarial en manos del Estado, es analizado de forma más específica en la letra «D», vid. infra.

³⁷ En España se suelen citar entre los supuestos de autoridades administrativas independientes los de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, el Banco de España, el Consejo de Seguridad Nuclear, la Agencia de Protección de Datos, la Comisión del Sistema Eléctrico Nacional y la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones. Otras entidades con mecanismos jurídicos de autogobierno son el Ente Público de Radio y Televisión, las Universidades Públicas, o el Consorcio de la Zona Especial Canaria.

estudiados. Baso tal conclusión en parte en la vinculación o control estatal de los mismos, pero sobre todo en el hecho de que desempeñen funciones públicas —en muchos casos con ejercicio de autoridad pública—³⁸.

Por lo que se refiere al control, es cierto que dichas entidades, en mayor o menor medida, gozan no ya sólo de personalidad jurídica propia sino de una importante autonomía efectiva desde el punto de vista funcional y de unos espacios libres, en cierta medida, de control gubernamental (supresión de los mecanismos habituales de tutela gubernamental). Junto con otras técnicas complementarias, dicha independencia se suele instrumentar a través de la retirada al Gobierno de la facultad de nombramiento de los órganos directivos de dichos entes o al menos de la facultad de revocar incondicionadamente dichos nombramientos durante el período de mandato (a veces de 6 o incluso más años). Aunque en muchos de estos supuestos persisten importantes vínculos con el Gobierno o con el Parlamento³⁹, lo cierto es que dichos vínculos no serán, en muchos de estos supuestos, suficientes por sí solos para garantizar la calificación de Estado. La fundamentación de dicha calificación descansará principalmente en la atribución de funciones públicas y de las prerrogativas especiales para el desempeño de las mismas. Es frecuente que dichas entidades tengan funciones no sólo de asesoramiento a otros órganos del Estado, sino de autoridad pública como el diseño o ejecución de la política correspondiente, de regulación del sector y control de su funcionamiento con las consiguientes facultades de sanción de las infracciones — tal puede ser el caso del Banco de España, Comisión Nacional del Mercado de Valores, el Consejo de Seguridad Nuclear, la Comisión del Sistema Eléctrico Nacional o la del Mer-

³⁸ Vid. por ejemplo la sentencia de 15 de Mayo de 1986, as. 222/84, Johnston, Rec. 1986, p. 1651, en la que el Tribunal dice que es Estado una *autoridad constitucionalmente independiente encargada del mantenimiento del orden y la seguridad pública*.

³⁹ Por ejemplo, la facultad del Gobierno de nombrar a sus órganos directivos aunque no de revocar dichos nombramientos libremente —tal es el caso del Banco de España— o la de fijar obligaciones a dichos entes y hacerlas cumplir —ver por ejemplo, art. 21 del Estatuto de RTVE; la facultad del Parlamento de nombrar y/o revocar dichos nombramientos —por ejemplo, RTVE—; e incluso, en algún caso como el de la Comisión del Sistema Eléctrico Nacional, persiste la posibilidad de recurrir en alzada impropia ante el Ministro de Industria y Energía las decisiones de dicha Comisión, con la posibilidad de suspensión de la aplicación de las mismas por parte del Ministro —art. 8.3 y 4 de la ley de 30 de Diciembre de 1994—.

cado de Telecomunicaciones—. En otros supuestos, la función pública será la prestación de un servicio a los ciudadanos que el Estado ha considerado esencial como puede ser el de educación —Escuelas, Institutos y Universidades públicas— o el de información y comunicación —RTVE—. Dado que en estos casos el tipo de actividad en sí misma considerada —educación y formación, comunicación— puede no ser suficiente para distinguirla de otras actividades privadas, habremos de considerar otra serie de datos como la financiación así como el régimen jurídico y los principios que rigen dichas prestaciones para saber si dichas entidades tienen como misión desempeñar funciones públicas y deben ser calificadas de Estado⁴⁰.

D) El *sector empresarial en manos del Estado* (lo que denominaremos en adelante *empresas públicas*, pero precisando que el concepto de empresa pública no necesariamente coincide con la noción bajo el Dere-

⁴⁰ El modo de financiación y el otorgamiento de un régimen privilegiado a una entidad pueden, en este caso, ser determinantes para calificar como estatales a estos efectos las actividades de dicha entidad, puesto que pueden confirmar la existencia de una *vinculación lo suficientemente estrecha* entre la entidad y el Estado, a pesar de que se hayan desarrollado mecanismos de autogobierno de dicha entidad (fuera del control gubernamental clásico, pero no fuera del control estatal ni de una cierta *dependencia estatal*). En mi opinión, pues, no son aplicables, en este campo, los pronunciamientos del TJCE sobre el concepto de actividad pública o actividad de interés general en otras áreas del Derecho comunitario: en particular, la exclusión de la aplicación de la normativa sobre competencia a determinadas entidades por no ejercer *actividades económicas* (sino actividades *de poder público* o interés social general). En este último campo, el TJCE sí ha dejado claro que el modo de financiación y el régimen jurídico que el Estado haya decidido darle, no son factores decisivos para determinar si la actividad es de poder público o interés social general. En este área, han sido consideradas como actividades de autoridad pública las de mantenimiento y mejora de la seguridad en la navegación aérea —sentencia del TJCE de 19-1-1994, as. C-364/92, Eurocontrol, Rec. p. I- 43—, seguridad social y otros sistemas similares basados en los principios de solidaridad y adscripción obligatoria —sentencia del TJCE de 17 de Febrero de 1993, as. acumulados C-159 & 160/ 91, Poucet y Pistre, Rec. p. I-666—, o las actividades de vigilancia anticontaminación, inspección e intervención rápida en caso de accidente —sentencia del TJCE de 18 de Marzo de 1997, as. C-343/95, Diego Calí, Rec. p. I-1580—. No han tenido la misma consideración, entre otras, las actividades de colocación en el mercado de trabajo de una Oficina Pública de empleo —sentencia del TJCE de 23 de abril de 1991, as. C-41/90, Höfner and Elser, Rec. p. I-1979—. Por lo que se refiere al efecto directo de las Directivas, todas las entidades examinadas en estas sentencias mencionadas serían Estado.

cho nacional español). Los pronunciamientos y el razonamiento del TJCE en Marshall y sobre todo en Foster parecen apoyar con claridad esta conclusión⁴¹. Queda por determinar cuál es el criterio o criterios decisivos para calificar a una empresa como pública a estos efectos.

En el caso concreto de la sentencia Foster, BGC era claramente una empresa pública y no existía ninguna duda sobre el control que el ejecutivo ejercía sobre sus decisiones. El Secretary of State no sólo nombraba a los miembros del órgano de dirección sino que podía emitir directrices e instrucciones vinculantes respecto de la gestión o cualquier otra cuestión que afectara al interés nacional, y ordenarle destinar determinados fondos a fines específicos. Estas facultades le permitían controlar y dirigir las actuaciones de BGC. Quizás por ello la sentencia —no así las conclusiones del Abogado General⁴²— no da ninguna indicación sobre el tipo de noción de control que considera aplicable.

A la hora de configurar una noción de control en este campo, me plan-

⁴¹ En la sentencia Marshall, cit. nota 6, FJ 49, el Tribunal ya había declarado —y en Foster, lo repite (FJ 17)— que las Directivas se pueden invocar frente al Estado «independientemente de cuál sea la calidad en que actúa este último, empresario o autoridad pública». Parece, pues, que ya desde Marshall podía afirmarse que tanto el *iure imperii* como el *iure gestionis* estaban cubiertos por esta noción de Estado. En Foster esta afirmación gana consistencia, pues si en Marshall, el organismo implicado —Health Authority— era claramente una autoridad pública, en Foster la BGC difícilmente podría calificarse como tal, y ello no obstó para que el Tribunal la considerase como Estado.

⁴² El Abogado General Van Gerven dice que existirá control cuando el Estado «asuma una responsabilidad que le permite influir de manera determinante y en cualquier forma (excepto mediante el ejercicio de una potestad legislativa general) sobre el comportamiento de esta persona o de este organismo, y ello en relación con la materia en la que la disposición de que se trate de la Directiva impone una obligación a la que el Estado miembro no ha adaptado su Derecho nacional». Es pues una noción de control «inmediato» (no en virtud solamente de potestad legislativa), «específico» (para la materia concreta sobre la que trata la disposición concreta de la Directiva) y en la que los medios de influencia son irrelevantes (tanto «de iure» como «de facto»: lo importante es pues la realidad económica de los hechos). Entre los medios citados a título de ejemplo por el Abogado General que pueden llevar a la existencia de «control» estaban el poder de dar instrucciones obligatorias, la necesidad de autorización previa o la posibilidad de suspensión o anulación a posteriori de las decisiones adoptadas, o la potestad para nombrar o destituir a los miembros de los órganos de dirección (o la mayoría de ellos), o para dejar de financiarlos en una medida que amenace su existencia. Vid. Conclusiones, Rec. p. I-3340.

teo como posibles tres grandes modelos. El primero es el *jurídico-formal*, basado en una «lista cerrada» de actos legales o categorías —fáciles de determinar— que constituirían control (por ejemplo, la propiedad de más del 50 % del capital de la empresa, o de la posibilidad de nombrar a más de la mitad de los miembros de sus órganos de dirección). El segundo presenta un *perfil económico*: se centra en los resultados, en la situación de hecho o la realidad económica: independientemente de los medios jurídicos o de hecho a través de los cuales se consiga, detendrá control quien dirija la política comercial de dicha empresa. En este caso no existiría, pues, una lista de situaciones jurídicas que originasen automáticamente control, sino que habrían de valorarse en cada caso concreto todas las circunstancias de hecho y de derecho concurrentes en dicho caso. El tercer modelo sería el *ecléctico o mixto*, que combinaría elementos de los dos anteriores. Supondría la existencia, por un lado, de una serie de situaciones jurídico-formales, relativamente fáciles de determinar (mayoría del capital, mayoría de los votos en el órgano de dirección) que implicarían automáticamente control, y, por otro lado, de una cláusula abierta —a modo de cajón de sastre— que permitiese otras situaciones de control jurídico o de hecho de la empresa en cuestión (entendiendo por tal control, la posibilidad de dirigir sus actividades).

En mi opinión, por las razones que en unos momentos expondré, el modelo más adecuado es, en esta ocasión, el modelo económico pero con algunas presunciones *iuris tantum* de control. Mi propuesta sería que se considerase que una empresa es pública a estos efectos cuando una autoridad pública u otro organismo del Estado disponga, directa o indirectamente, de la posibilidad, teniendo en cuenta todas las circunstancias de hecho o de derecho, de dirigir la política comercial de la empresa en cuestión. Presumiendo salvo prueba en contrario que existe control si estas autoridades u organismos estatales disponen de más de la mitad del capital, o del poder de ejercer más de la mitad de los derechos de voto, o del poder de designar más de la mitad de los miembros del Consejo de administración u otro órgano de dirección. La carga de la prueba que desmontase estas presunciones correspondería lógicamente al propio Estado (organismo presuntamente considerado como Estado).

Con objeto de precisar el significado y el alcance de esta noción económica de control y facilitar su aplicación, conviene añadir dos puntos. En primer lugar, hay que preguntarse si existe control sólo cuando el Estado dispone de la posibilidad de decidir por sí solo la política comercial

de la empresa en cuestión o si es suficiente que el Estado disponga de la capacidad de bloquear —veto jurídico o de hecho— dicha política comercial. A mi modo de ver, tal como está hoy la jurisprudencia del Tribunal, sólo en el primer caso podemos estar seguros de que la entidad en cuestión va a ser calificada como Estado. El segundo supuesto pertenece hoy por hoy a la zona gris⁴³. En segundo lugar, con objeto de precisar otra serie de aspectos —como por ejemplo qué debe entenderse por política comercial, o ver circunstancias de hecho que pueden contribuir al control— puede ser de enorme utilidad otra noción de control ya disponible en el ordenamiento comunitario. Se trata de la noción recogida en el Reglamento sobre el control de las operaciones de concentración⁴⁴. La aplicación de esta noción ha dado origen a un extenso grupo de decisiones de la Comisión que en buena parte han quedado recogidas en sus líneas esenciales en una Comunicación interpretativa de dicha institución⁴⁵. La principal ventaja de la Comunicación es la de disponer de un catálogo detallado —y listo para ser usado— de situaciones en las que existirá «control», con indicadores y una guía sobre los puntos claves a los que se debe prestar especial atención.

Por lo que se refiere a las razones que me han llevado a preferir este modelo son las siguientes:

⁴³ Vid. letra C de la zona gris, *infra*, para un análisis más detallado de este supuesto.

⁴⁴ Reglamento CEE n.º 4064/89 del Consejo de 21 de Diciembre de 1989 relativo al control de las operaciones de concentración de empresas, DOCE L 395 de 30-12-1989, versión corregida en DOCE L 257 de 29-09-1990, tal y como ha sido modificado por el Reglamento CE n.º 1310/97 del Consejo de 30 de Junio de 1997, DOCE L 180 de 9-07-1997. Este reglamento establece mecanismos y procedimientos que obligan a las empresas a notificar con carácter previo a la Comisión las operaciones de concentración de una cierta dimensión que vayan a realizar. Es competencia exclusiva de la Comisión autorizar, prohibir o exigir cambios a dichas operaciones. Para saber cuando existe una concentración, una de las claves es conocer cuando se produce un cambio de «control» de dicha empresa. Es una noción amplia y de claro perfil económico. Se encuentra definida en el artículo 3.3 de dicho reglamento en el que se dice que «el control resulta de los derechos, contratos u otros medios que, por sí mismos o en su conjunto, y teniendo en cuenta las circunstancias de hecho y de derecho, confieren la posibilidad de ejercer una influencia decisiva sobre las actividades de una empresa» (*Cursiva añadida*).

⁴⁵ En su última versión, Comunicación de la Comisión sobre el concepto de concentración, DOCE C 66 de 2-3-98, p. 5-13. La Comunicación habla de varios tipos de control: ahora nos interesa particularmente el control exclusivo del que habla en los párrafos 13-17.

- por un lado, la finalidad explícita de esta jurisprudencia —evitar que el Estado, actúe como empresario o autoridad pública, pueda obtener ventajas de su incumplimiento del Derecho Comunitario—, aboga por una noción de control amplia. Desde este punto de vista, no sería oportuno dejar fuera del concepto de empresa pública a empresas que «de hecho» están dirigidas por el Estado, puesto que ello chocaría frontalmente con esta finalidad. Queda con ello descartado el modelo jurídico-formal;
- por otro lado, no se puede olvidar que se trata de una noción cuya aplicación —en caso de discrepancia— corresponderá frecuentemente a jueces y tribunales (también a autoridades administrativas), y de la cual se pueden derivar importantes consecuencias para ciertas empresas y los particulares que se relacionen con ellas. Por ello, es conveniente facilitar su aplicación a través de una serie de presunciones. No admitir que quepan pruebas en contrario contra ellas supondría aceptar anomalías pues estaríamos dando tratamiento diverso a situaciones que no son sustantivamente diferentes desde el punto de vista económico.

Por su parte, en la *zona gris* se encontrarían principalmente:

A) Las *entidades privadas a quienes se haya encomendado la gestión de un servicio público*. Se trata de actividades cuya titularidad exclusiva se ha reservado el propio Estado, a través del acto de «publicatio» del servicio, pero cuya gestión va a ser encargada a particulares. ¿Se deben considerar estos particulares como Estado como consecuencia de la prestación de un servicio público? La jurisprudencia no ha resuelto todavía un caso de estas características⁴⁶. A mi modo de ver, convendría hacer aquí una diferenciación entre, por un lado, las actividades de prestación del servicio público y, por otro lado, la organización interna de ese organismo (régimen laboral de sus trabajadores, etc) y otras actividades privadas que pueda realizar. Con respecto a las primeras, dicha entidad debería ser considerada Estado puesto que no sólo está actuando por cuenta del Estado —que es el exclusivo titular del servicio— y en algunos casos con prerrogativas especiales (ejercicio de potestades públicas), sino además está bajo su dirección —además de las condiciones fijadas en el con-

⁴⁶ Recordemos que en el caso Foster, la BGC era un organismo cuyas actividades eran controladas y dirigidas por el Secretary of State.

trato el Estado goza en estos casos de facultades extraordinarias de supervisión y control—. Así pues, es admisible frente a estas entidades cualquier reclamación relativa al modo de prestación del servicio, su calidad, los derechos a recibirlo y sus condiciones, etc, basada en la aplicación directa de una Directiva. Mucho más dudosos son los casos de reclamaciones relativas al régimen laboral de sus trabajadores, o a la organización interna de dicha entidad. Y, desde luego, no deberían considerarse Estado con respecto al resto de actividades privadas que estuviesen realizando⁴⁷.

B) Los organismos que forman parte en España de la llamada *Administración corporativa*, como por ejemplo los Colegios Profesionales y las Cámaras de Comercio. Se trata de corporaciones profesionales de base privada bajo una forma pública de personificación, que, junto a la defensa de los intereses de sus miembros, se han visto atribuidas ciertas funciones públicas. Tampoco en estos casos creo que sea posible calificarlos siempre como Estado. La solución debe ser parecida al caso anterior: lo serán en la medida en que estén ejerciendo funciones públicas y utilizando prerrogativas especiales que les han sido atribuidas por Ley u actos concretos de la Administración. Así por ejemplo, los Colegios Profesionales deberían ser Estado en cuanto a la aceptación o el rechazo de la admisión al ejercicio de una determinada profesión, o la imposición de sanciones en caso de infracciones a las normas deontológicas u otras funciones públicas⁴⁸.

C) Empresas en las que el Estado participa en su dirección *de forma decisiva*⁴⁹, *sin disponer de su control exclusivo*.

⁴⁷ En todos estos últimos supuestos —trabajadores, organización interna, y otras actividades de la entidad— las reclamaciones basadas en el efecto directo de la Directiva podrían ser válidas si se considerase que esos aspectos o actividades están tan estrechamente vinculados a la prestación del servicio público que se ha encomendado que no cabe analizarlos de forma separada.

⁴⁸ Así es como debieran entenderse, en mi opinión, las conclusiones del Abogado General Mancini, en el as. 271/82, Auer, Rec. 1983, p. 2727, en relación a *organizaciones profesionales* de veterinarios, a las que calificó de Estado con respecto al ejercicio de una función pública como era la de reconocimiento de cualificaciones profesionales adquiridas en otros Estados miembros. Es de destacar que dichas organizaciones eran Estado a estos efectos «...*en tant que ceux-ci exercent des pouvoirs publics* qui leur sont conférés par la législation nationale». Es igualmente aplicable al caso de la *Administración corporativa* lo dicho en la nota anterior.

⁴⁹ El umbral a partir del cual existirá influencia decisiva es la capacidad de veto jurídico o de hecho de la política comercial de la empresa en cuestión. Las meras

Aquellas empresas en las que el Estado disponga de una capacidad de bloqueo —veto jurídico o de hecho— de su política comercial, pero no disponga por sí solo de la capacidad de decidir la estrategia y el comportamiento de dicha empresa en el mercado. La cuestión es si dicha capacidad de bloqueo es suficiente para calificar a tal empresa de pública e integrarla por lo tanto en la noción de Estado a los efectos ahora estudiados. La respuesta no es sencilla. Al Tribunal no han llegado tales casos y las argumentaciones jurisprudenciales en otros casos no nos permiten, como hemos visto, precisar la noción de control. Tanto la Comisión como el Abogado General Van Gerven parecen ver como posible que en situaciones de este tipo exista «control» por parte del Estado⁵⁰. Es cierto que si se considera que la empresa no es parte del Estado, estaríamos dejando que el Estado se beneficiase indirectamente de su propio incumplimiento; pero incluirla en la noción de Estado sería imponer obligaciones directas en una empresa en la que el Estado sólo dispone de una influencia limitada, aunque importante, como es la capacidad de bloquear o vetar nuevas decisiones, y en la que no puede, por lo tanto, imponer sola la dirección de las actividades de la empresa. ¿Por qué optaría el Tribunal? A mi modo de ver, la simple capacidad de bloqueo por parte del Estado no debe ser considerada suficiente para calificar siempre a tal empresa de pública. Creo más adecuado utilizar un sistema mixto de carácter más específico para resolver estos casos: habría una presunción de empresa pública cuando

participaciones de control que impliquen una influencia simple por debajo de ese umbral no son suficientes para considerar que esa empresa es Estado a los efectos ahora examinados.

⁵⁰ La Comisión en sus observaciones en el caso Foster —Rec. 1990, p. I-3324— parece incluir entre las situaciones en que el Estado tiene muchas posibilidades de ejercer un control importante, no sólo aquellas situaciones en que el Estado detenta la totalidad o la mayoría de sus acciones, sino también aquellas en que detenta *simplemente una minoría de bloqueo*. El Abogado General Van Gerven, en sus conclusiones en el mismo caso, Rec. 1990, p. I-3340, parecería también incluirlo al hablar, entre otros casos de poder de iure o de facto para *autorizar previamente* las decisiones del órgano en cuestión. No se puede olvidar, no obstante, que el Abogado General sometía dicha noción de control a ciertas condiciones o restricciones como ya hemos explicado anteriormente (supra nota 42). Por otra parte, dichos comentarios de la Comisión y del Abogado General se hacen de forma incidental: el caso que están examinando es un caso claro de control exclusivo por parte del Estado. Vid. también Prechal, S.: «Remedies...», cit. nota 25, p. 458, defendiendo que una minoría de bloqueo es suficiente para calificar al organismo como Estado a estos efectos.

exista esta capacidad de veto; dicha presunción admitiría una prueba en contrario de que en el caso concreto y específico de la disposición alegada, su capacidad de bloqueo no era suficiente para hacer que la empresa en cuestión cumpliera voluntariamente la Directiva directamente; la carga de dicha prueba correspondería al Estado.

A.2) *ALCANCE DE LA NOCIÓN DE PARTICULAR*

Tal y como he explicado anteriormente, será particular toda aquella persona o entidad que no encaje en la categoría de Estado tal cual acaba de ser precisada.

Es factible que alguna de las actividades o decisiones de un particular tal cual se ha definido, pueda necesitar aisladamente de la autorización —o mecanismo similar de control— de un organismo estatal. En este caso, ese ámbito concreto de actividad o decisión debe respetar los derechos otorgados a los particulares por las Directivas (siempre que haya condiciones materiales de efecto directo y el plazo de transposición haya expirado). En la práctica esto se podría instrumentalizar de dos formas: o considerando a dicha persona o entidad como Estado en esa faceta de su actividad o decisión (algo similar a lo descrito anteriormente en relación a la zona gris de la noción de Estado), o bien reclamando el respeto de la Directiva frente al órgano estatal que tiene encomendada la autorización.

B) LA CALIFICACIÓN DE LA PARTE ACTIVA DE LA RELACIÓN

B.1) *VISIÓN GENERAL*

Para analizar este punto, parto de las mismas definiciones explicadas detalladamente en relación a la calificación de la parte pasiva, limitándome a señalar las variaciones que pueden existir en el caso de la parte activa.

Si la parte pasiva es un particular, entonces es irrelevante la calificación de la parte activa, puesto que, sea cual sea, no habrá efecto directo de la Directiva (no hay efecto directo horizontal, ni vertical inverso).

Si la parte pasiva ha sido calificada de Estado, entonces puede tener transcendencia saber la calificación de la parte activa. Si esta parte activa

puede ser calificada de particular según la definición vista anteriormente, queda abierta la puerta al efecto directo (relación vertical). Los casos conflictivos pueden surgir si las dos partes activa y pasiva hubieran sido calificadas de Estado según la definición vista (las que llamaré en adelante *relaciones intra-Estado*).

En estos últimos supuestos, los conceptos de particular y Estado pueden sufrir variaciones. Así, el TJCE ha modificado y flexibilizado el concepto de particular (parte activa) incluyendo en él —por asimilación— a entidades que, de haber sido parte pasiva, hubieran sido considerados Estado⁵¹. La intención del Tribunal es de nuevo extender al máximo la efectividad de las Directivas y presionar al Estado para que cumpla con la Directiva transponiéndola correctamente a su orden interno. El alcance de esta jurisprudencia está todavía por ver y merece un estudio más específico.

B.2) ESTUDIO ESPECÍFICO DE LAS «RELACIONES INTRA-ESTADO»

Han sido muy pocas las ocasiones en las que el Tribunal se ha pronunciado sobre el efecto directo de las Directivas en el marco de este tipo de relaciones. El resultado ha sido siempre la calificación de la relación como vertical y por lo tanto permitir el efecto directo de la Directiva. Ahora bien, los casos decididos se caracterizan por no tener como parte activa al poder que había incurrido en la falta de transposición correcta de la Directiva (ni a una entidad vinculada directamente a él)⁵². No podemos, pues, estar seguros

⁵¹ Vid., por ejemplo, la sentencia del TJCE de 17 de octubre de 1989, as. acumulados 231/87 y 129/88, Comune di Carpaneto, Rec. p. 3233, FJ 31-33, en la que un Ayuntamiento (claramente dentro de la noción de Estado de haber sido parte pasiva) es considerado particular (al actuar como parte activa: invocación de la Directiva contra el poder central). En otras ocasiones, el TJCE ha sustituido el término «particular» por el de «justiciable»: vid. sentencia del TJCE de 22 de febrero de 1990, as. C-221/88, CECA contra Acerías Busseni, Rec. p. I-495, FJ 22.

⁵² En el asunto Comune di Carpaneto, la Directiva es invocada por este municipio contra una oficina provincial del IVA (delegación de la Administración Central), siendo el poder central el obligado a la transposición. En el asunto Busseni, la parte activa es la CECA, contra cualquier entidad estatal italiana que dispusiese, según la legislación italiana, de créditos privilegiados en la quiebra de Busseni. Aunque la invocación se produzca en el marco de una relación entre poderes públicos, no es verdaderamente una relación intra-Estado al no haber dos entidades del Estado italiano, sino un sujeto internacional (CECA) y el Estado italiano (cualquiera de sus entidades).

de que el Tribunal adoptaría la misma solución también para supuestos en los que el poder que ha incumplido el deber de transposición (o uno de las entidades que lo integran) invoca la Directiva contra otro poder público completamente ajeno al deber de transposición. Por ejemplo, ¿podría una empresa pública controlada por el poder central invocar el efecto directo de un Directiva contra una Fundación pública vinculada a una Comunidad Autónoma, cuando el incumplimiento del deber de transposición es atribuible exclusivamente al poder central? ¿No sería esta invocación una actuación *contra factum proprium*? ¿No estaríamos, de permitirla, dando la oportunidad al poder central de sacar provecho de su incumplimiento? La respuesta exige una reflexión de conjunto sobre este tipo de situaciones.

Hay dos grandes modos de afrontar la respuesta:

El primero se basaría en la obligatoriedad de la Directiva, una vez acabado su plazo de transposición, para cualquier entidad estatal, independientemente de que tenga competencia específica para transponer la Directiva o no (o se pueda integrar en el poder territorial que la tiene), o independientemente de quién sea el sujeto que invoca la Directiva o/y que se beneficiaría directamente de su aplicación directa. Primaría pues la efectividad de la Directiva sobre la idea de impedir obtener un beneficio del incumplimiento que supone la no transposición correcta. La consecuencia sería que las Directivas, cumplidas las otras condiciones generales, tendrían siempre efecto directo en las relaciones intra-Estado. La alegación por una de las partes del principio de *non venire contra factum proprium* no sería aceptada en ningún caso.

El segundo aceptaría igualmente la vinculatoriedad de las Directivas para todas las entidades estatales independientemente de si disponen o no de competencia para la transposición (ellas mismas o el poder en el que se integran), y por lo tanto la posibilidad de cualquier particular de invocar con éxito su efecto directo. Permitiría, sin embargo, al mismo tiempo que, en situaciones excepcionales, la entidad estatal se defendiese alegando contra la otra el principio de *non venire contra factum proprium*: en particular, dicha alegación tendría éxito cuando la parte activa fuese la competente para la transposición (ella misma o un entidad directamente vinculada a ella). Se evitaría así que esta parte activa sacase provecho de su incumplimiento, y se le impondría mayor presión para que cumpliera con su obligación (en perjuicio, eso sí, de la efectividad de la Directiva).

Determinar con carácter general por cuál de los dos modelos de res-

puesta se inclinaría el Tribunal es difícil en la actualidad, pues de su jurisprudencia no se deduce con claridad si, en la concepción subyacente al reconocimiento del efecto directo de las Directivas, es más importante la efectividad o la presión al Estado para que cumpla, y en el tipo de casos descritos, los dos objetivos entran en conflicto. De todas maneras, si personalmente tuviera que optar por uno de los dos, me inclinaría por el segundo modelo, dado que no creo descartable que en ciertas situaciones —escasas y bastante excepcionales—, se impida a una entidad estatal (responsable de la falta de transposición) prevalerse del efecto directo de una Directiva frente a otra entidad estatal.

La regla general en las relaciones intra-Estado debe ser, pues, el efecto directo de las Directivas. No obstante, esta regla general se podría romper si las circunstancias del caso concreto nos hacen ver que permitir el efecto directo implicaría un beneficio para el poder estatal (o entidades vinculadas directamente a él) que ha incumplido el deber de transposición. Dicha excepción se basaría en la aplicación del principio general del estoppel (entendido como imposibilidad de sacar provecho del propio incumplimiento) y siempre que ello supusiese una mayor presión sobre dicho poder estatal para que cumpla con su obligación de transposición. Además la excepción debería limitar sus efectos a las reclamaciones inter partes (entre las entidades estatales implicadas) sin perjudicar a terceros (particulares)⁵³. Como se puede ver, las excepciones serán bastante marginales. Las circunstancias y el contexto del caso concreto nos dirán si nos encontramos ante una de estas situaciones.

A título meramente ejemplificativo, analizo a continuación algunas de las situaciones de reclamaciones entre entidades de distintos niveles territoriales que se pueden producir más frecuentemente en España y aventuro su posible resolución, bajo el segundo modelo, por parte del Tribunal:

La parte pasiva es el Estado central:

El Estado Central es además, según el reparto interno de competencias del Derecho nacional, el competente para la transposición. En este caso, otros poderes públicos o asimilados pueden ser considerados particulares e invocar el efecto directo contra el Estado central. Tal sería el caso, por ejemplo, de entidades locales o regionales como un Ayuntamiento⁵⁴.

⁵³ En este sentido, el razonamiento y el equilibrio en la solución al que llegó el Tribunal en el asunto Busseni, antes citado, me parecen ejemplares.

⁵⁴ Vid. Sentencia Comune di Carpaneto, cit. nota 51, FJ 33. Apoya también esta solución —aunque no se trate estrictamente de una relación intra Estado— la sentencia Busseni, cit. nota 51.

El Estado central no es, según el Derecho interno, competente (al menos no a título principal y directo) para la transposición de la Directiva. Aquí hay dos situaciones que conviene distinguir:

b.1: La parte activa es una entidad que puede considerarse integrada en el nivel territorial competente para la transposición. Aunque no será un supuesto frecuente, no es totalmente descartable. En este caso, la duda surge de si el Estado central podría oponer con éxito el principio de *non venire contra factum proprium* a la entidad local o regional que lo invoca contra él. Es un factor importante a tener en cuenta que el Estado central es, al ostentar la representación exterior del Reino de España, el responsable de la falta de transposición (o incorrecta transposición) de la Directiva frente a la Unión Europea. En tal condición, las normas estatales pueden funcionar como supletorias del Derecho autonómico, en las condiciones y supuestos precisados por el Tribunal Constitucional español, con objeto de evitar el incumplimiento y la posible condena por violación del Derecho Comunitario⁵⁵. En la medida en que puede adoptar dichas normas, difícilmente podría invocar con éxito la objeción mencionada. Si este caso llegase al TJCE, probablemente no habría obstáculos para el efecto directo de la Directiva: El TJCE se inclinaría, en mi opinión, por no permitir que ninguna de las dos entidades se prevaliesen del principio del *non venire contra factum proprium*, favoreciendo la aplicación de la Directiva.

b.2: La parte activa es una entidad que no pertenece al nivel territorial competente para la transposición (por ejemplo, es una entidad local cuando la competencia correspondía a la Comunidad Autónoma). En esta situación, creo que no habrá obstáculo para el efecto directo, puesto que la entidad local no tenía competencias ni a título principal ni a título subsidiario para transponer la Directiva y, por lo tanto, no cabría en ningún caso oponerle el principio *del non venire contra factum proprium*.

La *parte pasiva es una entidad local o regional*. Cabe, en este caso, hacer una distinción entre el supuesto de que dicha entidad (o el nivel territorial al que perteneciese) fuese o no la obligada a transponer según el Derecho interno:

⁵⁵ Vid. en esta materia, MANGAS MARTÍN, A.: «La participación de las Comunidades Autónomas en la integración europea», Cap. XXII del libro de la autora y de LIÑÁN NOGUERAS, D., cit. nota 2, especialmente en pp. 565 y ss. Sobre la ejecución normativa del Derecho comunitario (en particular de las Directivas) en Derecho español, se puede consultar ALONSO GARCÍA, R.: «Derecho Comunitario», Madrid, 1994, especialmente pp. 231 y ss.

Si el poder local o regional no tuviera competencias para la transposición, sería raro que el Estado central intentase invocar el efecto directo de la Directiva contra dicha entidad —de hecho no se ha resuelto ningún caso de este tipo—. Si lo intentase, el principio de *non venire contra factum proprium* podría ser obstáculo suficiente para que la Directiva surtiese efecto directo: como he dicho anteriormente, deberían examinarse las circunstancias del caso concreto.

Si, por el contrario, la Directiva hubiera debido ser transpuesta por dicha entidad local o regional, creo posible que el Estado central⁵⁶ u otra entidad local o regional pudiera solicitar con éxito el efecto directo de la Directiva.

III. REFLEXIONES FINALES

Como se ha podido apreciar del análisis realizado, la distinción entre relaciones horizontales y verticales fruto de la jurisprudencia del TJCE y de la elaboración por la doctrina, no es tan simple como pudiera parecer a primera vista. No sólo puede resultar conflictivo en algunos casos la identificación de las partes activa y pasiva en la relación, sino que, una vez identificadas, queda todavía la ardua y muy compleja tarea —al menos en ciertas ocasiones— de calificar dichas partes como Estado o particular. Es en relación a este último aspecto —objeto fundamental de este artículo— en el que me gustaría hacer las últimas observaciones.

En primer lugar, llama la atención que el caso Foster siga siendo el caso clave en esta materia después de ocho años desde que se resolvió. La sentencia del TJCE supuso indudablemente un paso adelante a favor de la efectividad de las Directivas —extendiendo los supuestos en que tendría efecto directo—, y avanzó una serie de posibles indicaciones para futuros casos. No obstante, dichas indicaciones dejaron múltiples lagunas e incertidumbres en un campo trascendental para la aplicación de la normativa comunitaria. Los primeros estudios sobre la interpretación por los tribunales nacionales de las indicaciones del TJCE denotaban importantes desviaciones de las intenciones del Tribunal y falta de uniformidad sobre las entidades que entraban en la categoría de Estado. Todo ello presagiaba el planteamiento de nuevas cuestiones prejudiciales al Tribunal y, por consiguiente, la oportunidad de dar indicaciones más claras y desarrolla-

⁵⁶ Vid. supra el razonamiento en el apartado b.1 y las referencias allí citadas.

das que en Foster. Esas previsiones han fallado, y Foster sigue siendo la referencia más fiable de lo que el Tribunal entiende por Estado a estos efectos. Ello no es una señal de que los tribunales nacionales no hayan tenido problemas en esta cuestión —prueba de ello fue la dispar interpretación por los tribunales británicos⁵⁷—, ni garantía de que las Directivas estén surtiendo efecto directo frente a entidades que no sean poderes públicos según el Derecho nacional pero que entrarían en el concepto de Estado tal como se ha definido en este artículo. En España, por ejemplo, el Tribunal Supremo no ha tenido todavía la oportunidad de pronunciarse sobre esta cuestión y reconocer el efecto directo de la Directiva frente a una empresa pública o una entidad privada a quien se haya encomendado un servicio público o cualquiera de las otras situaciones de la zona gris que antes he descrito. Me parece pues útil recordar los datos de que disponemos en la actualidad —intentando desarrollarlos e interpretarlos en la medida de lo posible—, así como me parecería útil que se planteasen cuestiones prejudiciales en los casos difíciles —que los hay—. Dada la trascendencia del tema, si surge la oportunidad, el Tribunal debe aprovecharla para delimitar con más claridad y detalle su jurisprudencia. Es cierto que el Tribunal no es el legislador comunitario, pero también que fue en su jurisprudencia en donde surgió esa distinción entre relación horizontal y vertical, y es el propio Tribunal el que debe delimitar con más claridad sus respectivos ámbitos.

En segundo lugar, creo que una parte importante de la confusión y complejidad reinante deriva de que los conceptos de horizontal y vertical han quedado desvirtuados de su verdadero significado. Calificar a una misma persona, en relación a una misma actividad y Directiva, como particular si es parte activa y como Estado si es pasiva, es claramente insatisfactorio. La duplicidad de definiciones que comporta (dos definiciones de Estado y dos de particular, correspondientes a las partes activa y pasiva) es una solución forzada adoptada como consecuencia de la desvirtuación antes mencionada.

Existiendo sólo dos categorías de personas —particulares y Estado—, sería mucho más simple disponer de una única definición válida tanto para la parte activa como la pasiva de la relación. La simplicidad se ve reforzada si consideramos que nos bastaría definir la noción de Estado, considerando particular a toda persona que no entrase en el concepto de Esta-

⁵⁷ Vid. CURTIN, D. : «The province of...», cit. nota 18.

do. Todo ello sería posible —sin necesidad de cambiar el *status quo* sobre el alcance del efecto directo de las Directivas— con una simple reformulación del significado de horizontal y vertical, una vuelta al sentido común de estos términos de fácil comprensión: horizontal, si la relación es entre iguales (las dos partes pertenecen a la misma categoría); vertical, entre niveles diferentes (de distinta categoría). Las Directivas podrían tener efecto directo vertical, pero no vertical inverso; no tendrían efecto directo horizontal entre particulares, pero sí horizontal entre entidades estatales⁵⁸.

En contra de esta reformulación juega lo extendido del significado que hoy se atribuye a las palabra horizontal (limitado a las relaciones entre particulares) en este campo —especialmente en la doctrina comunitarista—, a favor juega la unificación del significado de horizontal con otros campos y con el sentido habitual del término, y la importante simplificación con la eliminación de duplicidades inútiles que la reformulación implicaría.

En tercer lugar, hay que señalar que, incluso si se aceptase la reformulación propuesta hace un momento, la existencia de una zona gris con dificultades de clasificación (unido a la posible existencia de entidades con doble calificación dependiendo de la actividad o función examinada) mantendrá, en ciertos casos al menos, un alto grado de complejidad. Hay que considerar además que el concepto de Estado deberá ser dinámico y adaptarse a las nuevas circunstancias. Particular impacto puede tener aquí el fenómeno de desregulación de determinadas actividades, con el mantenimiento, no obstante, de ciertas cargas u obligaciones de servicio de interés general. Igualmente, la descentralización así como la cada vez más frecuente aparición de organismos o entidades con importantes grados de autonomía aumentarán probablemente las reclamaciones intra-Estado. Toda esta complejidad es, no obstante, inevitable, al menos, mientras se mantenga el rechazo por el TJCE del efecto directo horizontal entre particulares de las Directivas. Hay que ser conscientes de ello, y buscar simplificaciones, pero no soluciones simplistas. Podríamos caer en la tentación de considerar, por ejemplo, que la Administración corporativa o/y las empresas en las que el Estado dispone de un veto sobre la política comercial van a ser siempre parte del Estado pues existen importantes vínculos estatales; ello sería, sin embargo, desconocer la doble naturaleza de dicha Administración corporativa o la imposibilidad del Estado de decidir por

⁵⁸ Vid. *supra*, no obstante, el punto B.2.

sí solo el camino de la empresa en cuestión, y eso sería imponer obligaciones directas en particulares.

Finalmente, cabe preguntarse si la distinción horizontal-vertical (y el concepto de Estado) perdería toda su transcendencia en el supuesto de que el TJCE diese un vuelco a su jurisprudencia reconociendo el efecto directo horizontal entre particulares de las Directivas. Es indudable que perdería buena parte de su importancia, pero sería precipitado y equivocado decir que la perdería toda. La eventual aceptación del efecto directo horizontal entre particulares de las Directivas, no tiene que llevar necesariamente a la aceptación simultánea del efecto directo vertical inverso de las mismas. Es posible —y recomendable— que el Tribunal no permitiese este último, impidiendo de este modo al Estado beneficiarse de su incumplimiento⁵⁹. Si así fuese, la distinción horizontal-vertical seguiría siendo importante. Cuestión distinta es si, tras esta evolución, el concepto de *estoppel* (o similar) seguiría siendo tan amplio como actualmente, en cuyo caso la noción de Estado no variaría sustancialmente, o si, por el contrario, iría acompañado simultáneamente de una restricción, en mayor o menor medida, de los casos en que se pudiese alegar el *estoppel*. Que se produjese o no esta restricción y su alcance dependerían de la importancia que, en el nuevo contexto, tuviese el objetivo —hasta ahora muy presente— de impedir al Estado beneficiarse de su propio incumplimiento.

⁵⁹ Ver en este sentido, ARNULL: «Having Your Cake and Eating It Ruled Out», *ELR* (1988), p. 44 y PRECHAL, S.: «Directives ...», cit. nota 24, pp. 304-305.