CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL

SR. WALTER VAN GERVEN

presentadas el 8 de mayo de 1990 *

Señor Presidente,
Señores Jueces,

1. La House of Lords (en lo sucesivo, «órgano jurisdiccional nacional») planteó, con arreglo al artículo 177 del Tratado CEE, la siguiente cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia:

«¿Era la British Gas Corporation (en la época de referencia) un organismo de tal naturaleza que las partes apelantes estuvieran legitimadas ante los órganos jurisdiccionales ingleses para invocar directamente la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales y a las condiciones de trabajo, y para reclamar una indemnización por daños y perjuicios basándose en que la política de jubilación de la British Gas Corporation era contraria a la Directiva?»¹

La Sra. Foster y las otras demandantes (en lo sucesivo, «demandantes en el procedimiento principal») son trabajadoras del sexo femenino empleadas por la British Gas Corporation (en lo sucesivo, «BGC») y que, en el marco de la política general de la BGC, fueron jubiladas cuando alcanzaron la edad de 60 años en fechas comprendidas entre el 27 de diciembre de 1985 y el 22 de julio de 1986. En esa misma época, los trabajadores

de sexo masculino, empleados en la misma empresa, no eran jubilados hasta los 65 años.

En las sentencias Defrenne III,² Burton,³ Roberts,⁴ Marshall⁵ y Beets-Propert,⁶ el Tribunal de Justicia afirmó que un límite de edad, utilizado para la extinción de una relación laboral, es una condición de trabajo, en concreto una condición de despido, cuya validez debe apreciarse en relación con la Directiva 76/207/CEE sobre la igualdad de trato.⁷

El apartado 1 del artículo 5 de dicha Directiva reza como sigue:

«La aplicación del principio de igualdad de trato en lo que se refiere a las condiciones de trabajo, comprendidas las condiciones de despido, implica que se garanticen a hombres y mujeres las mismas condiciones, sin discriminación por razón de sexo.»

El órgano jurisdiccional nacional señala que, en la época en que ocurrieron los hechos, el Reino Unido aún no había adaptado su Derecho nacional a la Directiva relativa a la igualdad de trato. Efectivamente, el apartado 4 del artículo 6 de la Sex Discrimination Act de 1975, que estaba en vigor

2 — Sentencia de 15 de junio de 1978 (Defrenne, 149/77, Rec. 1978, p. 1365).

3 — Sentencia de 16 de febrero de 1982 (Burton, 19/81, Rec. 1982, p. 555).

4 — Sentencia de 26 de febrero de 1986 (Roberts, 151/84, Rec. 1986, p. 703).

5 — Sentencia de 26 de febrero de 1986 (Marshall, 152/84, Rec. 1986, p. 723).

6 — Sentencia de 26 de febrero de 1986 (Beets-Propert, 262/84, Rec. 1986, p. 773).

7 — Véanse también mis conclusiones en el asunto C-262/88 (sentencia de 17 de mayo de 1990, Barber, Rec. 1990, p. I-1889), apartado 26 *in fine*, así como los apartados 32 y 33.

* Lengua original: neerlandés.

1 — Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales y a las condiciones de trabajo (DO L 39, p. 40; EE 05/02, p. 70).

en la época de los hechos, establecía que la prohibición de ejercer una discriminación contra las mujeres por la vía de las condiciones de empleo y de despido, aplicadas por el empresario, o cualquier otro tratamiento desfavorable no se aplicaba a las disposiciones relativas al fallecimiento o a la jubilación.^{8,9}

2. Las partes en el procedimiento principal no discuten el hecho de que, si el apartado 1 del artículo 5 de la Directiva 76/207 es directamente aplicable a las condiciones de despido de las demandantes en el procedimiento principal, la distinción entre hombres y mujeres establecida por la BGC en materia de jubilación es ilegal, y ello a pesar de lo dispuesto en el apartado 4 del artículo 6 de la Sex Discrimination Act de 1975, mientras que, si el citado artículo no es directamente aplicable, la política de la BGC es legal.

En el apartado 49 de los fundamentos de la sentencia Marshall de 26 de febrero de 1986 en el asunto 152/84,¹⁰ el Tribunal de Justicia declaró que los justiciables sólo pueden invocar una disposición como la del apartado 1 del artículo 5 de la Directiva 76/207 frente al «Estado» cuando actúe en calidad de «empresario o de autoridad pública» puesto que «es conveniente evitar que el Estado pueda obtener ventajas por su infracción del Derecho comunitario».¹¹ Por el contrario, en el apartado 48 de su sentencia, el Tribunal de Justicia excluyó que la citada disposición pudiera ser invocada frente a un

particular, puesto que una directiva no puede crear, por sí sola, obligaciones a cargo de un particular. Según la terminología habitualmente utilizada por la doctrina, ello significa que las disposiciones de las directivas que, desde el punto de vista de su contenido, sean incondicionales y suficientemente precisas¹² y cuyo plazo de ejecución haya expirado tienen un «efecto directo vertical», pero no un «efecto directo horizontal».

Por consiguiente, la petición de decisión prejudicial plantea la cuestión de si, en la época de los hechos, la BGC debía considerarse «perteneciente al Estado» o como «un particular». En el primer supuesto, las demandantes en el procedimiento principal pueden invocar el apartado 1 del artículo 5 de la Directiva 76/207 frente a la BGC, mientras que no pueden hacerlo en el segundo supuesto.

3. En la época en que ocurrieron los hechos, la BGC era una empresa nacionalizada de distribución de gas, que, a continuación, fue privatizada mediante la Gas Act de 1986; como consecuencia de esta privatización, se constituyó la British Gas plc (en lo sucesivo, «demandada en el procedimiento principal») y el 24 de agosto de 1986 se subrogó en los derechos y obligaciones de la BGC.¹³

El estatuto de la BGC, que, en la época de los hechos, era el empresario de las demandantes en el procedimiento principal, debe situarse en el contexto de la nacionalización de la producción y de la distribución del gas mediante la Gas Act de 1948, que posterior-

8 — El apartado 1 del artículo 2 de la Sex Discrimination Act de 1986 modificó estas disposiciones con efecto al 7 de noviembre de 1987.

9 — Hago abstracción aquí de la obligación de los órganos jurisdiccionales nacionales de interpretar las disposiciones del Derecho nacional de conformidad con el Derecho comunitario (sentencias de 10 de abril de 1984, von Colson, 14/88, Rec. 1984, p. 1891; de 8 de octubre de 1987, Kolpinghuis Nijmegen, 80/86, Rec. 1987, p. 3969), puesto que el órgano jurisdiccional nacional no ha planteado ninguna cuestión a este respecto. Sobre este particular, véanse mis conclusiones citadas en la nota 7, apartado 50.

10 — Rec. 1986, p. 737.

11 — Apartado 49 de los fundamentos de la sentencia.

12 — Apartados 55 y 52 de los fundamentos de la sentencia.

13 — Después de la supresión del monopolio de distribución del gas por gasoductos, la British Gas plc se convirtió en uno de los «Public Gas Suppliers» (artículos 3 y 7 de la Gas Act de 1986).

mente fue reemplazada por la Gas Act de 1972. En virtud de la Gas Act de 1948, se confirió la propiedad, los derechos y las obligaciones a los «Area Boards» o al «Gas Council». En virtud de la Gas Act de 1972, la propiedad, los derechos y las obligaciones fueron transferidos al «Gas Council», que se convirtió en la «BGC». La BGC era un organismo controlado por los poderes públicos, dotado de personalidad jurídica y que detentaba el monopolio de la distribución del gas a las viviendas particulares y a las empresas en Gran Bretaña. El Ministro nombraba a los miembros del Consejo de Administración de la BGC y fijaba también su retribución (apartados 2 y 3 del artículo 1). La BGC estaba encargada de desarrollar y gestionar un sistema eficaz, coherente y rentable de distribución del gas en Gran Bretaña y de atender, en los límites de la rentabilidad, todas las demandas razonables de suministro de gas en Gran Bretaña (apartado 1 del artículo 2). Debía definir periódicamente, en concertación con el Ministro, un programa general de análisis de asuntos relacionados con la distribución del gas (apartado 3 del artículo 3).

El Ministro tenía la facultad de exigir a la BGC un informe de sus actividades y, después de darle traslado a las dos Cámaras del Parlamento, podía dar a la BGC todas las instrucciones que considerara necesarias, basándose en ese informe, para una gestión lo más eficaz posible de la empresa (artículo 4). La BGC estaba obligada a poner en práctica esas instrucciones (apartado 3 del artículo 4). El Ministro también podía dar a la BGC, después de concertarse con ésta, instrucciones generales sobre la ejecución y el ejercicio de sus tareas, incluido el ejercicio de sus derechos de accionista, cuando lo considerara necesario para el interés nacional, y la BGC estaba obligada a seguir esas instrucciones (artículo 7). Al final de cada ejercicio económico, la BGC debía presentar al Ministro, en el menor plazo posible, un informe sobre el ejercicio y la ejecución de

sus tareas a lo largo de ese ejercicio económico, así como sobre su gestión y sus programas de previsión (artículo 8).

La BGC debía cumplir sus tareas y ejercer un control sobre sus filiales de manera que el conjunto de los ingresos obtenidos por la BGC y por sus filiales en dos ejercicios económicos sucesivos fueran al menos suficientes para cubrir la totalidad de los gastos de explotación y para permitir la constitución de las reservas necesarias para cumplir las posibles instrucciones del Ministro (artículo 14). Después de concertarse con la BGC y con la aprobación del Ministerio de Hacienda, el Ministro podía, en su caso, ordenar a la BGC constituir reservas por una determinada cantidad, sin necesidad de precisar su destino, y la BGC estaba obligada a poner en práctica esas instrucciones (artículo 15). Si, en el curso de un ejercicio económico determinado, el conjunto de los ingresos superaba con creces el de los gastos, el Ministro podía ordenar a la BGC, con autorización del Ministro de Hacienda, que transfiriera la parte de los ingresos que superaba las necesidades de la BGC y la BGC estaba obligada a acceder a este requerimiento.

Conforme a la Gas Act de 1972, la BGC no era un «agente» del Ministro. Sus empleados no estaban al servicio de la Corona en el sentido de la legislación laboral inglesa. La BGC no ejercía ninguna función normativa.

El fundamento de la sentencia Marshall: *nemo auditur*

4. Por razones de comodidad, comenzaré reproduciendo los pasajes esenciales de la sentencia Marshall. Están contenidos en los apartados 47 a 49 de los fundamentos y en el apartado 2 del fallo de la sentencia.

— Apartado 47 de los fundamentos:

«Esta jurisprudencia tiene su fundamento en la consideración de que sería incompatible con el carácter obligatorio que el artículo 189 confiere a la directiva excluir, en principio, que la obligación que la misma impone pueda ser invocada por las personas a quienes concierne. El Tribunal ha llegado a la conclusión de que el Estado miembro que no haya adoptado, en los plazos previstos, las medidas de ejecución impuestas por la directiva no puede oponer a particulares el propio incumplimiento de las obligaciones que aquélla comporta.»

— Apartado 48 de los fundamentos:

«Por lo que respecta al argumento según el cual una directiva no puede ser invocada contra un particular, es menester subrayar que según el artículo 189 del Tratado el carácter obligatorio de una directiva sobre el que se basa la posibilidad de invocar ésta ante un órgano jurisdiccional nacional sólo existe respecto a "todo Estado miembro destinatario". De ello se deriva que una directiva no puede, por sí sola, crear obligaciones a cargo de un particular y que una disposición de una directiva no puede, por consiguiente, ser invocada, en su calidad de tal, contra dicha persona. Conviene, pues, examinar si en el presente caso se puede considerar que la demandada ha actuado en calidad de particular.»

— Apartado 49 de los fundamentos:

«A este respecto hay que subrayar que, cuando los justiciables pueden invocar una directiva contra el Estado, lo pue-

den hacer cualquiera que sea la calidad en que éste actúe, ya como empresario, ya como entidad pública. En uno y otro caso es conveniente, en efecto, evitar que el Estado pueda sacar ventajas de haber ignorado el Derecho comunitario.»

— Declara:

«El artículo 5, apartado 1, de la Directiva 76/207 del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativo a la prohibición de cualquier discriminación por razón de sexo en lo que se refiere a las condiciones de trabajo, comprendidas las condiciones de despido, puede ser invocado en contra de una autoridad estatal que actúe en calidad de empresario, para excluir la aplicación de cualquier disposición que no se ajuste al mencionado artículo 5, apartado 1.»

5. Por tanto, en la sentencia Marshall, la posibilidad de invocar una disposición incondicional y suficientemente precisa de una directiva frente al Estado miembro se vinculó claramente al hecho de que el Estado miembro no hubiera adaptado su Derecho nacional a la directiva en tiempo y forma.¹⁴ El principio de que «The State cannot plead its own wrong»¹⁵ o el principio *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* se consideró el fundamento del efecto directo vertical de las disposiciones de las directivas. Ahora bien, al mismo tiempo se interpretó el principio de manera amplia: en efecto, los particulares pueden invocar esa omisión comprobada frente al Estado miembro, cualquiera que sea la calidad en que actúe este último: «empresario o autoridad pública». Además, como se deduce también de

14 — Véanse ya en ese sentido la sentencia de 5 de abril de 1979 (Ratti, 148/78, Rec. 1979, p. 1629, apartado 22) y las conclusiones del Abogado General Sr. Reischl en la página 1653, así como la sentencia de 19 de enero de 1982 (Becker, 8/81, Rec. 1982, p. 53, apartado 24).

15 — Invocado por la Health Authority en la vista en el asunto Marshall.

una jurisprudencia ulterior, que examinaré más adelante, esta omisión pueden oponerla los particulares a las autoridades públicas independientes y/o locales, que no son propiamente responsables de la no adaptación del Derecho nacional a la Directiva.

Como ya he tenido ocasión de explicar en mis conclusiones en el asunto Barber,¹⁶ se consideró que la disposición correspondiente de la Directiva sólo tenía un efecto limitado frente a terceros, es decir, frente a autoridades públicas distintas de la autoridad responsable de que su Estado miembro no hubiera cumplido su obligación. Esta norma se explica (y sigue explicándose)¹⁷ por el interés que existe en evitar que el Estado miembro de que se trate pueda obtener cualquier ventaja de su incumplimiento del Derecho comunitario.

6. Interpretando el concepto de «Estado» en un sentido tan amplio, el Tribunal de Justicia recogió las conclusiones del Abogado General Sir Gordon Slynn en el sentido de que

«incluso aunque ello sea contrario a la tendencia expresada en las sentencias recaídas en asuntos que atañen a la inmunidad del Estado, en la medida en que el ejercicio del *imperium* se distingue de las actividades comerciales y similares, en materia de Derecho comunitario [...] el término “Estado” ha de ser entendido en sentido amplio, comprendiendo todos los órganos del mismo. En materia de empleo [...] se trata, pues, de todos los agentes de dichos órganos y no sólo de la Administración central».¹⁸

16 — Citadas anteriormente en la nota 7, apartado 52.

17 — En la sentencia de 20 de septiembre de 1988 (Moormann, 190/87, Rec. 1988, p. 4689, apartados 22 y 24), el Tribunal de Justicia indicó las disposiciones del Tratado en que se basa este punto de vista (a saber, el apartado 3 del artículo 189 y el artículo 5 del Tratado CEE).

18 — Rec. 1986, p. 735.

El hecho de que el Tribunal de Justicia haya querido conferir, efectivamente, al concepto de «Estado» un sentido más amplio que el de una «omisión personal» de la autoridad pública de que se trate se deducía de las circunstancias de aquel asunto. En concreto, se trataba de saber si el apartado 1 del artículo 5 de la Directiva 76/207 podía invocarse frente a una Health Authority local, que, aunque, efectivamente, es un «órgano del Ministerio de Sanidad» —mientras que los trabajadores que emplea dicho órgano, incluidos los médicos, el personal sanitario y el personal administrativo de los hospitales, son «agentes de la Corona»¹⁹—, sin embargo no estaba implicado, en absoluto, en el hecho de que el legislador del Estado miembro de que se trataba no hubiera adaptado el Derecho nacional a la Directiva y tampoco podía considerársele responsable de esa omisión.

Por lo demás, esta interpretación amplia también está sugerida por los términos elegidos en la sentencia: en la lengua de procedimiento —y también en las demás lenguas²⁰— el Tribunal de Justicia utiliza indistintamente expresiones como «emanation of the State», «organ of the State», «public authority» y «State authority» como sinónimos.

La jurisprudencia posterior

7. Algunos meses después de la sentencia Marshall, el Tribunal de Justicia se pronunció en el asunto Johnston,²¹ relativo a la po-

19 — Ibidem.

20 — Los textos inglés, francés, alemán, danés e italiano de los apartados 12, 49, 50, 51 y 56 de los fundamentos de la sentencia y el apartado 2 del fallo utilizan cuatro sinónimos, el texto neerlandés cinco. La forma en que estos cuatro o cinco términos están repartidos en los seis pasajes citados, que implican repeticiones divergentes según las diferentes lenguas, confirma el sentido amplio que debe darse al concepto de «Estado» e indica también que no se puede deducir de la elección de las palabras en las distintas lenguas que, para definir el concepto de «Estado», sea posible basarse en la terminología jurídica de uno de los Estados miembros.

21 — Sentencia de 15 de mayo de 1986 (Johnston/Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary, 222/84, Rec. 1986, p. 1651).

sibilidad por parte de un trabajador de invocar el apartado 1 del artículo 3 y el artículo 4 de la misma Directiva 76/207 frente al Chief Constable de la Royal Ulster Constabulary. El Gobierno británico, que negaba que estas disposiciones pudieran invocarse, alegó que el Chief Constable es constitucionalmente independiente del Estado.²² Ello no impidió al Tribunal de Justicia afirmar, avanzando en el sentido de la sentencia Marshall, que:

«El Tribunal de Justicia, por medio de la citada sentencia de 26 de febrero de 1986, ha fallado que los particulares pueden invocar la Directiva en contra de una institución del Estado sin que sea preciso distinguir si ésta actúa en calidad de empleador o en calidad de autoridad pública. Hay que señalar, respecto de una autoridad como el Chief Constable, que según la resolución de remisión éste es un funcionario responsable de la dirección de los servicios de la policía. Una autoridad pública de tal naturaleza, encargada por el Estado del mantenimiento del orden público y de la seguridad pública, no actúa en calidad de particular, cualesquiera que sean, por otra parte, sus relaciones con otras instituciones del Estado. Dicha autoridad pública no puede sacar ventajas del hecho de que el Estado del que depende no aplique el Derecho comunitario».²³

Este considerando demuestra hasta qué punto las relaciones entre el Jefe de un servicio de policía local y las «otras instituciones del Estado» se consideran poco importantes, lo que demuestra de nuevo que las autoridades públicas autónomas, que son independientes de las otras instituciones del Estado, cualquiera que sea el nivel, central o local, en que se sitúen, entran dentro del concepto de «Estado» en sentido amplio.

22 — Apartado 49 de los fundamentos.

23 — Apartado 56 de los fundamentos.

También es preciso observar que, conforme a esta sentencia, el Chief Constable está «encargado por el Estado del mantenimiento del orden público» y el Tribunal de Justicia deduce de esta condición que «no actúa en calidad de particular». Creo que, en esta sentencia, a diferencia de la sentencia Marshall, el Tribunal de Justicia señaló que el Chief Constable tiene una función específica de autoridad pública, porque el mantenimiento del orden público está considerado en todos los Estados miembros como una función de la autoridad pública, lo cual no es tan evidente para los servicios sanitarios. De lo anterior puede deducirse que, para determinar si una autoridad tiene el carácter de una autoridad pública, la naturaleza de la función no es un criterio decisivo, pero puede constituir una indicación útil.

Por último, la última frase del considerando citado merece también ponerse de relieve, porque habla de nuevo de las «ventajas» que el Estado no puede obtener de su incumplimiento del Derecho comunitario y porque pone dichas ventajas, esta vez expresamente, en relación con una autoridad pública local, constitucionalmente independiente, como el *Chief Constable* de la policía de Irlanda del Norte.

8. En la sentencia de 22 de junio de 1989, recaída en el asunto 103/88, Costanzo contra Municipio de Milán,²⁴ el Tribunal de Justicia siguió avanzando en la línea de la sentencia Marshall. Este asunto se refería a una Directiva relativa a los contratos públicos de obras. Al Tribunal de Justicia se le planteó la cuestión de si una Administración local tenía la obligación, al examinar las ofertas particulares, de no aplicar disposiciones de Derecho nacional incompatibles con la Directiva de que se trataba, cuando ya había expirado el plazo de adaptación del Derecho interno a la misma.

24 — Rec. 1989, p. 1839.

El Tribunal de Justicia afirmó que

«cuando se cumplen los requisitos exigidos por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia para que puedan invocarse por los particulares ante los órganos jurisdiccionales nacionales las disposiciones de una Directiva, todos los órganos de la Administración, comprendidas las autoridades descentralizadas, como los municipios, están obligados a aplicar dichas disposiciones». ²⁵

Por consiguiente, procede efectuar una interpretación muy amplia del concepto de «Estado», según el Tribunal de Justicia, también en ámbitos ajenos al de los derechos fundamentales (igualdad de trato entre hombres y mujeres): ²⁶ todos los órganos administrativos, a todos los niveles de la división territorial de un Estado miembro, forman parte del «Estado» en el sentido de la sentencia Marshall.

Se comprende inmediatamente que el concepto de «Estado» no sólo engloba las autoridades dotadas de competencias «delegadas» por la Administración central. En efecto, el criterio de la delegación de competencias no siempre es compatible con el estatuto jurídico de las Administraciones municipales en los distintos Estados miembros y, por lo demás, es completamente inadecuado en los Estados miembros de estructura federal.

²⁵ — Apartado 31 de los fundamentos.

²⁶ — Una misma interpretación amplia también fue expresada en una sentencia anterior a la sentencia Marshall, en concreto la sentencia de 22 de septiembre de 1983 (Auer, 271/82, Rec. 1983, p. 2727), y, sobre todo, en las conclusiones del Abogado General Sr. Mancini, que había dicho que una directiva puede invocarse contra instituciones que, sin que puedan calificarse propiamente como órganos del Estado, aplican de alguna forma la política de este último (p. 2751). Se trataba, en ese asunto, de organizaciones profesionales de veterinarios, encargadas de una función pública, en concreto el reconocimiento de calificaciones profesionales adquiridas en otros Estados miembros.

¿Doble o triple categoría?

9. Hasta el momento presente, he partido implícitamente de la idea de que corresponde al Tribunal de Justicia proporcionar los elementos de Derecho comunitario que permitan al órgano jurisdiccional nacional definir el concepto de «Estado» en relación con el de «particular». Este punto de partida subyace, por lo demás, en la jurisprudencia que acabo de examinar, si bien, en los asuntos Marshall y Johnston, el Tribunal aún podía, en cierta medida, basarse en los hechos declarados probados a este respecto por el propio órgano jurisdiccional nacional que efectuaba la remisión. Evidentemente, éste no es el caso en el presente asunto: la House of Lords no ha efectuado ninguna apreciación en cuanto al carácter estatal o no estatal de la BGC: por el contrario, en las cuestiones que planteó al Tribunal de Justicia, partió de la idea de que corresponde *al Tribunal de Justicia* definir el marco comunitario *en cuyo seno* puedan determinar los órganos jurisdiccionales nacionales si el efecto directo de las disposiciones de las directivas puede oponerse a una autoridad cualquiera.

Puedo compartir este punto de vista, que, por lo demás, no ha impugnado ninguna de las partes que presentaron observaciones. Si el Tribunal de Justicia no definiera los elementos de base en Derecho comunitario, no habría ninguna uniformidad entre los Estados miembros en cuanto al efecto directo de las disposiciones de las directivas.

10. La definición del marco comunitario para poder delimitar el concepto de «Estado» plantea una cuestión fundamental. Los conceptos de «Estado» y de «particular», considerados conjuntamente, ¿son exhaustivos o existe una tercera categoría intermedia de personas o autoridades? Si existe, esta tercera categoría intermedia

comprendería organismos como las empresas públicas —por ejemplo, la BGC en el presente asunto—, las universidades estatales, incluidas las universidades privadas financiadas total o casi totalmente por el Estado, y otras entidades similares. Si se admite la existencia de semejante categoría, es preciso preguntarse si, en relación con el posible efecto directo de las disposiciones de las directivas, debe asimilarse dicha categoría a la de «Estado» o a la de «particulares».

Como alegaron las demandantes en el procedimiento principal, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que he recordado anteriormente no proporciona ningún elemento que pueda apoyar la idea de que existe una categoría intermedia. El apartado 48 de los fundamentos de la sentencia Marshall parte de la idea de que existen dos categorías, y no tres, cuando afirma en su última frase que «conviene, pues, examinar si en el presente caso se puede considerar que la demandada ha actuado en calidad de particular». También, en el pasaje citado anteriormente de las conclusiones en este asunto, Sir Gordon Slynn parece incluir, en el concepto de «Estado», «el ejercicio de la potestad pública y de las actividades comerciales y similares». Este punto de vista también encuentra apoyo en algunas sentencias posteriores del Tribunal de Justicia, en concreto, en la sentencia Kolpinghuis-Nijmegen, de 8 de octubre de 1987,²⁷ y en la sentencia Busseni, de 22 de febrero de 1990.²⁸

27 — Citado anteriormente en la nota 9. En aquel asunto se trataba de un Estado miembro que quería invocar frente a un particular una Directiva a la que este Estado miembro aún no había adaptado su Derecho nacional. Evidentemente, el Tribunal de Justicia desestimó esta pretensión del Estado miembro, teniendo en cuenta su jurisprudencia Marshall. Esta sentencia tampoco contiene elementos que indiquen que el Tribunal de Justicia no parte del principio de que sólo existen dos categorías.

28 — Sentencia de 22 de febrero de 1990 (Busseni, C-221/88, Rec. 1990, p. I-495, apartados 22 y 24). Este asunto se refería al Tratado CECA y a las recomendaciones que contiene, y que el Tribunal de Justicia, en el apartado 21 de los fundamentos de la sentencia, calificó de actos jurídicos de naturaleza similar a las directivas contempladas en el Tratado CEE.

La ventaja de una doble categoría es que permite analizar el problema de la delimitación desde dos perspectivas. Es posible preguntarse quién forma parte del Estado y, con carácter complementario, quién debe ser considerado como un particular. Ahora bien, parece más fácil determinar quién es un particular y quién no lo es, y ello basándose en el significado usual de las palabras: utilizando este criterio, las empresas públicas no son personas privadas en el sentido que reviste esta expresión en el lenguaje corriente, lo que significa, si se admite el principio de la doble categoría, que forman parte del «Estado».

Aunque opino que una triple categoría no encuentra, en la materia que analizo, ningún apoyo en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, no utilizaré estos conceptos complementarios e independientes de «particular» y de «Estado». Efectivamente, no se trata de saber *in abstracto* quién forma parte del Estado o quién es un particular, sino de saber contra quién puede oponerse el hecho de que un Estado miembro no haya adaptado en tiempo y forma su ordenamiento jurídico nacional a una directiva, habida cuenta de los motivos subyacentes. Según las sentencias Marshall y Johnston, este motivo consiste en que el Estado miembro, y también cualquier autoridad pública a la que este Estado confía una función —independientemente de cuál sea la calidad en la que actúa esta autoridad y de cuáles sean sus relaciones con las demás autoridades públicas—, no puede obtener ninguna ventaja del hecho de que el Estado miembro no se atenga al Derecho comunitario.

A continuación, es preciso preguntarse si una empresa pública como BGC tampoco puede obtener ventajas de la omisión de su Estado miembro, habida cuenta del motivo mencionado, y debe incluirse, en este sentido, en el concepto de «Estado».

Analogías con otros ámbitos del Derecho comunitario

11. Antes de examinar los puntos de vista de las partes y de dar mi propia opinión, me gustaría establecer una comparación con algunos ámbitos del Derecho comunitario en los que el concepto de autoridad reviste importancia. La principal conclusión general que resulta de esta comparación es que en cualquier normativa se busca la interpretación que se adapte mejor con el lugar en el Tratado y, por tanto, con la finalidad del concepto de autoridad, utilizado a ese respecto. Esta conclusión aboga, también en la presente materia, por la elección de un punto de vista que dé al concepto de «Estado» un contenido que se adapte de la mejor manera posible a los fundamentos de la sentencia Marshall, que he recordado anteriormente. Además, esta comparación proporciona un determinado número de criterios que pueden ser útiles en la materia que analizo.

12. En primer lugar, se puede hacer una referencia al concepto de ayuda en el sentido del artículo 92 del Tratado CEE. Es jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia que no cabe «distinguir entre aquellos casos en los que el Estado concede directamente la ayuda y aquellos otros en los que la ayuda la conceden organismos públicos o privados». ²⁹ Como indicaciones concretas del carácter público de la ayuda, el Tribunal de Justicia ha mencionado, por ejemplo, el hecho de que un Estado miembro detente directa o indirectamente el 50 % de las acciones de la empresa que ha concedido la ayuda, que nombre directa o indirectamente la mitad de los miembros del consejo de administración o que un ministro apruebe las

tarifas aplicadas por la empresa que ha concedido la ayuda. ³⁰ Estos elementos demostraron suficientemente que la empresa no disponía en absoluto de una autonomía plena para fijar sus tarifas, sino que actuaba bajo el control y siguiendo las directrices de los poderes públicos. ³¹ Estos elementos permitieron llegar a la conclusión de que la fijación de la tarifa controvertida derivaba de un comportamiento del Estado miembro y, por tanto, podía entrar en el concepto de ayuda concedida por un Estado miembro, a los efectos del artículo 92 del Tratado. ³²

Esta definición del Estado como entidad que concede ayudas refleja una interpretación amplia, que corresponde a la finalidad del apartado 1 del artículo 92 del Tratado CEE, que pretende incluir *todas* las ayudas: «las ayudas otorgadas por los Estados o mediante fondos estatales, *bajo cualquier forma*». ³³

La Directiva 80/723/CEE de la Comisión, de 25 de junio de 1980, relativa a la transparencia de las relaciones financieras entre los Estados miembros y las empresas públicas, ³⁴ pretende alcanzar un objetivo algo diferente. Del sexto considerando del preámbulo de dicha Directiva se deduce que esta transparencia debe permitir «que se diferencie claramente el papel del Estado como poder público y como propietario». A continuación, el artículo 2 define, en primer lugar, los «poderes públicos» (el Estado, así como otras colectividades territoriales), a continuación, la «empresa pública» (resumiendo, cualquier empresa en la que los poderes públicos puedan ejercer, directa o indirectamente, una influencia dominante en

30 — Apartado 36 de los fundamentos.

31 — Apartado 37 de los fundamentos.

32 — Apartado 38 de los fundamentos.

33 — La cursiva es mía.

34 — DO L 195, p. 35; EE 08/02, p. 75, ampliada por la Directiva 85/413/CEE, de 24 de julio de 1985 (DO L 229, p. 20; EE 08/03, p. 7).

29 — Véase, por ejemplo, la sentencia de 2 de febrero de 1988 (Van der Kooy, asuntos acumulados 67/85, 68/85 y 70/85, Rec. 1988, p. 219, apartado 35).

razón de la propiedad, de la participación financiera o de las normas que la rigen).³⁵

13. Un segundo ámbito del Derecho comunitario que puede proporcionar un punto de comparación es el de los contratos públicos de obras. La Directiva 71/305/CEE del Consejo, de 26 de julio de 1971, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras,³⁶ considera como «poderes adjudicadores»: «el Estado, los entes territoriales, los organismos de Derecho público y las asociaciones constituidas por uno o más de dichos entes o dichos organismos de Derecho público».

Se entiende por «organismo de Derecho público» todo organismo: a) creado para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tenga carácter mercantil, b) dotado de personalidad jurídica y c) cuya actividad esté mayoritariamente financiada por el Estado, los entes territoriales u otros organismos de Derecho público o bien cuya gestión se haya sometido a un control por parte de estos últimos o bien cuyo órgano de administración, de dirección o de vigilancia esté compuesto por miembros de los cuales más de la mitad sean nombrados por el Estado, los entes territoriales u otros organismos de Derecho público (véase el artículo 1 de la citada Directiva). El artículo 1 *bis* de dicha Directiva dispone, a continuación, que los poderes adjudicadores harán cumplir lo dispuesto en dicha Directiva cuando subvencionen directamente más del 50 % de un contrato de obras celebrado por una entidad distinta de ellos mismos. Este concepto de Estado también es interpretado con flexibilidad por el Tribunal de Justicia

35 — Conforme a lo que afirmó el Abogado General Sr. Mischo en sus conclusiones en el asunto 118/85, al aplicar esta definición de la «empresa pública», «la función debe primar sobre la forma»: sentencia de 16 de junio de 1987 (Comisión/Italia, Rec. 1987, p. 2599), p. 2617 de las conclusiones. Véanse también los apartados 7 a 15 de los fundamentos de la sentencia.

36 — DO L 185, p. 5; EE 17/01, p. 9, modificada en último lugar mediante la Directiva 89/440/CEE (DO L 210, p. 1).

en función de los objetivos de la normativa.³⁷

14. La excepción contenida en el párrafo 1 del apartado 5 del artículo 4 de la Sexta Directiva IVA del Consejo³⁸ constituye un tercer punto de referencia posible. Como dice el propio texto de esta disposición, sólo se aplicará a las actividades u operaciones que desarrollen los Estados, las regiones, las provincias, los municipios y los demás organismos de Derecho público que actúen «en el ejercicio de sus funciones públicas». Lo mismo se deduce de la jurisprudencia.³⁹ Por consiguiente, es preciso efectuar una distinción según la calidad en que actúe la autoridad pública: en el ejercicio de sus funciones públicas o como sujeto pasivo ordinario.

15. Un último elemento de comparación⁴⁰ puede encontrarse en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa al artículo 30 del Tratado CEE, en la que el Tribunal debe determinar si una práctica restrictiva determinada puede imputarse a las autoridades públicas. En la sentencia *Buy Irish* se demostró que la práctica restrictiva de que se trataba en aquella ocasión (una campaña de promoción a favor de la compra y de la venta de productos irlandeses) era imputable al Gobierno, lo que significa que Irlanda

37 — Sentencia de 20 de septiembre de 1988 (Beentjes/Países Bajos, 31/87, Rec. 1988, p. 4635), apartados 11 y 40 de los fundamentos, y conclusiones del Abogado General Sr. Darmon, apartados 10 a 20.

38 — Sexta Directiva 77/388/CEE del Consejo, de 17 de mayo de 1977, en materia de armonización de las legislaciones de los Estados miembros relativas a los Impuestos sobre el Volumen de Negocios; sistema común del Impuesto sobre el Valor Añadido: base imponible uniforme (DO L 145, p. 1; EE 09/01, p. 54).

39 — En la sentencia de 17 de octubre de 1989 en los asuntos acumulados 231/87 y 129/88 (Carpaneto Piacentino y Rivergaro, Rec. 1989, p. 3233), el Tribunal de Justicia subraya, en el apartado 15 de los fundamentos de esta sentencia, que la disposición citada establece una distinción entre los organismos de que se trata cuando actúan «como persona de Derecho público» y «como persona de Derecho privado» (*traducción provisional*).

40 — No examinaré el concepto de «administración pública» que figura en el apartado 4 del artículo 48 del Tratado, y que, como excepción a un principio fundamental del Tratado, debe interpretarse estrictamente y sólo presenta, como tal, pocos puntos en común con el concepto de «Estado» que examino aquí.

había incumplido las obligaciones que le incumbían en virtud del artículo 30.⁴¹ La prueba de que la campaña de que se trataba era una «medida» en el sentido del artículo 30 se dedujo de una serie de iniciativas coherentes y premeditadas del Gobierno, incluso aunque la ejecución de esas iniciativas corriera completamente a cargo de una sociedad privada.

También en relación con la libre circulación de mercancías, se puede recordar la definición que da el Tribunal de Justicia de los monopolios nacionales que presenten un carácter comercial en el sentido del artículo 37: este artículo contempla en particular todas las «situaciones en las que las autoridades nacionales están en condiciones de controlar o dirigir los intercambios entre los Estados miembros o bien de influir sensiblemente en dichos intercambios, por medio de un organismo constituido con ese fin o de un monopolio cedido por el Estado a un tercero». Esta disposición engloba «las situaciones en las que el monopolio que se discute es practicado por una empresa o grupo de empresas o por entidades territoriales del Estado, como son los municipios».⁴² Por tanto, cualquier instrumento de que disponga la autoridad pública nacional para influir sobre la circulación de mercancías está comprendido en el artículo 37, con independencia de que el organismo «utilizado» esté regulado por el Derecho privado o por el Derecho público.

16. Como ya he dicho, estos ejemplos traducen siempre el afán de dar al concepto de «Estado» un «efecto útil», es decir, el contenido más adecuado para la consecución *hic et nunc* de los objetivos de la normativa de que se trate. En función de este objetivo se

podrá o bien interpretar extensivamente el concepto de «Estado» [por ejemplo, en relación con las ayudas en el sentido del artículo 92 (véase, más atrás, el apartado 12) o en relación con las tareas de las autoridades públicas (véase el apartado 13) o con los monopolios nacionales en el sentido del artículo 37 (véase apartado 15)] o bien efectuar una distinción según que el Estado actúe en una u otra calidad [por ejemplo, en relación con la transparencia de las relaciones entre los Estados miembros y las empresas públicas, distinguiendo entre el Estado que actúa como autoridad pública y el Estado cuando actúa como propietario (véase apartado 12) y, en relación con la recaudación del IVA, distinguiendo entre la calidad de autoridad pública y la de sujeto pasivo-persona privada (véase apartado 14)].

Conviene señalar, además, otro aspecto: siempre que, habida cuenta del objetivo subyacente, hay que interpretar ampliamente el concepto de «Estado», se utiliza el criterio del control fáctico, de la influencia dominante y de la posibilidad por parte de la autoridad pública de dar instrucciones obligatorias, de cualquier tipo [por la propiedad, la participación económica, la subordinación administrativa o por medio de disposiciones legales (véanse apartados 12, 13 y 15)]. En otro orden de ideas, aunque paralelo, se sitúa el criterio empleado en la sentencia *Buy Irish* (véase apartado 15), es decir, la posibilidad de imputar una práctica determinada al Gobierno. Por tanto, se parte siempre de la idea de que, en el fondo, hay un elemento de poder público (definido en sentido amplio como el poder que engloba todas las autoridades centrales y territoriales) que, a los fines de la aplicación de la normativa de que se trate, comunica, por la vía del control o de la influencia que ejerce, su «carácter de autoridad pública» a otros organismos o actos, incluso aunque éstos correspondan a la esfera del Derecho privado.

41 — Sentencia de 24 de noviembre de 1982 (Comisión/Irlanda, 249/81, Rec. 1982, p. 4005, apartados 29 y 30).

42 — Sentencia de 4 de mayo de 1988 (Bodson, 30/87, Rec. 1988, p. 2479, apartado 13).

Apreciación de los puntos de vista de las partes

17. A la luz de lo antedicho, examinaré y comentaré brevemente, a continuación, las observaciones presentadas ante el Tribunal de Justicia.

Las demandantes en el procedimiento principal defienden una interpretación amplia del concepto de «Estado». Para ello se basan en las conclusiones mencionadas del Abogado General Sir Gordon Slynn en la sentencia Marshall y en la sentencia Costanzo. Rechazan un criterio de autoridad pública que gire únicamente en torno a las «funciones clásicas del Estado» porque una apreciación de lo que constituye o no las «funciones del Estado» conduciría a desigualdades entre los Estados miembros y a incertidumbre en su aplicación. También rechazan la idea de que los órganos de la Corona o aquéllos cuyas actividades presenten un carácter no comercial sean los únicos que puedan ser considerados como autoridades públicas.

Aunque, en sus observaciones, las demandantes en el procedimiento principal no utilicen términos tan extremos, parten, de hecho, de la idea de que cualquier empresa efectivamente controlada por la autoridad política, como la BGC en el asunto presente, debe formar parte del concepto de «Estado». Enunciado en unos términos tan extremos, este punto de vista me parece excesivo, en particular en la medida en que engloba todo control de la autoridad pública, incluso cuando es ajeno a la materia a la que se refiere la omisión del Estado miembro respecto a la adaptación de su Derecho nacional a una disposición determinada de una directiva.

18. La demandada en el procedimiento principal adopta un punto de vista restric-

tivo. Partiendo del principio de que el Estado no puede obtener ventajas de su propia negligencia o comportamiento contrario a Derecho, propone incluir en el concepto de «Estado» los tres poderes en el sentido en que los entendía Montesquieu, incluyendo los órganos que ejercen las competencias de estos tres poderes en virtud de una delegación. En todos los Estados miembros, el mantenimiento del orden público está incluido en estas competencias.

No creo que el criterio de la delegación (al que, si he entendido bien, está vinculado el estatuto de «agente de la Corona») sea un criterio adecuado para resolver el problema que se está examinando. En primer lugar, este criterio está estrechamente vinculado a la estructura del Estado: sobre todo en los países de estructura federal —en los que distintas autoridades están dotadas de poderes autónomos— es poco práctico dicho criterio, de manera que no permite basar en él un marco de apreciación comunitaria. En mi opinión, la distinción entre las tareas clásicas y no clásicas de las autoridades públicas, utilizada con este fin, tampoco presenta ninguna utilidad (véase apartado 19). Por último, un criterio basado en la «delegación» es incompatible sobre todo con la interpretación amplia que el Tribunal de Justicia dio, por ejemplo, en las sentencias Johnston y Costanzo (véanse apartados 7 y 8), que interpretan en sentido amplio el principio *nemo auditur*, de manera que la omisión de la autoridad pública, que no ha adaptado el Derecho interno a una directiva, puede oponerse también a otras autoridades públicas, totalmente independientes de aquélla. Por otra parte, es significativo que la demandada en el procedimiento principal no cite la sentencia Costanzo.

19. Las observaciones del Reino Unido coinciden esencialmente con las de la demandada. El representante del Reino Unido explicó en la vista que hay dos categorías de organismos que pueden formar parte del concepto de «Estado» en el sentido de la

sentencia Marshall: los que ejercen directamente o en calidad de agentes las funciones legislativas, judiciales y ejecutivas clásicas del Estado y los que ejercen otras funciones (como la distribución de gas) cuando el Estado ha decidido ejercer él mismo esas funciones o delegarlas. Ahora bien, el hecho de que, en el caso de la BGC, órganos del Estado ejercían un cierto control no basta para incluir en el concepto de «Estado» a la BGC: en efecto, el control no es un criterio determinante.

Aquí se tropieza con las mismas dificultades de antes: ¿qué abarca exactamente la función clásica (en particular, la función ejecutiva) del Estado? Según el Reino Unido, el mantenimiento de la seguridad pública forma parte de esta función (aunque esta misma función pueda «privatizarse» en cierta medida, mediante su concesión a servicios de seguridad autorizados), pero no la distribución de agua, de gas y de electricidad, aunque, en un Estado moderno del bienestar, esta distribución tenga una importancia esencial para la población y la industria. ¿Y qué sucede en relación con la sanidad pública, respecto a la que la sentencia Marshall admitía que correspondía a la función del Estado, aunque, como afirma la Comisión en sus observaciones escritas, los cuidados de la salud hayan sido en gran medida «privatizados» en algunos Estados miembros? No obstante, el Reino Unido incluye la «Health Authority», de que se trataba en el asunto Marshall, en el concepto de Estado, debido, entre otros motivos, a que los miembros del personal de esta autoridad son «agentes de la Corona». Ello nos reconduce al concepto de delegación, cuya inaptitud para constituir el fundamento de un marco comunitario ya se ha subrayado (véase apartado 18).

No obstante, la objeción de mayor peso contra el punto de vista preconizado es, de nuevo, que no explica por qué la omisión

del Estado miembro no puede oponerse a otros organismos que ejerzan una función pública sin formar parte del Estado (en el sentido clásico del término) o sin haber sido delegados por este Estado, habida cuenta de los casos ya citados en el marco de la sentencia Marshall.

20. Por último, según la Comisión, existen diferentes criterios conforme a los cuales un órgano de la autoridad pública puede entrar en el concepto de «Estado» a los fines de la sentencia Marshall. Aparece, en primer lugar, el criterio del «ejercicio de una función pública en nombre del Estado». Este criterio incluye en el concepto de Estado a las empresas públicas constituidas en sectores de actividad nacionalizados, como la BGC, las autoridades que desempeñan una función reglamentaria, así como las universidades que expiden diplomas reconocidos por los diferentes Estados miembros. Si sólo se utiliza este criterio, surge un problema en relación con las empresas en las que el Estado detenta la totalidad o la mayoría de las acciones. No obstante, la Comisión no ve ninguna razón válida para tratar a una empresa en la que el Estado tiene una participación mayoritaria de manera distinta a una empresa nacionalizada. Por ello se pregunta si, además de este criterio, es preciso utilizar un criterio de «control por parte del Estado en el organismo afectado en relación con la materia de que se trate» y examina a continuación lo que debe entenderse por control. A este respecto, no basta con una aportación económica importante del Estado ni con cualquier poder coercitivo (puesto que el Estado puede también obligar a los particulares a actuar en un sentido determinado mediante una normativa de carácter general). El control basado sobre un derecho legal tampoco es una solución satisfactoria: deben tenerse en cuenta todas las circunstancias, incluidas las circunstancias de hecho que posibilitan un control (en otras palabras, la «realidad económica»).

Después de estas útiles observaciones, que, en mi opinión, nos acercan considerablemente a la solución, la Comisión llega a la conclusión, sin embargo, de que, incluso basándose en este criterio del control, la Royal Ulster Constabulary no está comprendida en el concepto de «Estado», porque ejerce sus funciones de manera independiente. Por consiguiente, llega a la conclusión de que no es posible enunciar un criterio que englobe todas las situaciones posibles, pero que tanto el criterio de «ejecución de una función pública» como el del «control efectivo» pueden hacer incluir a una persona, en el asunto presente a un empresario, en el concepto de «Estado» en el sentido de la sentencia Marshall. Entiende que en el presente asunto, la BGC es, en cualquier caso, un organismo público («public body») y que, por consiguiente, la respuesta que deba darse al órgano jurisdiccional nacional puede limitarse a esta categoría de organismos.

Propuesta de solución

21. Las observaciones presentadas ante el Tribunal de Justicia contienen diferentes elementos que pueden proporcionar una respuesta apropiada a la cuestión planteada por el órgano jurisdiccional nacional.

Tal y como se ha subrayado en varias ocasiones, es preciso partir de los motivos subyacentes en las sentencias Marshall y Johnston: ni el Estado miembro ni tampoco cualquier otra autoridad pública, encargada de una función determinada por el Estado miembro de la que recibe su autoridad, pueden obtener ninguna ventaja del hecho de que el Estado miembro no haya adaptado su Derecho nacional a la disposición de que se trate de la Directiva. No obstante, es preciso preguntarse a este respecto cuál es el exacto alcance de las expresiones «autoridad pública», «encargada de una función determinada» y «de la que emana». Por otra parte, no es fácil atribuir un sentido comunitario

preciso a estas expresiones: es difícil determinar si una persona forma parte de la autoridad pública, si una función determinada es una función correspondiente a la autoridad pública y si una persona deriva su autoridad de un Estado (y no necesariamente en el sentido de que ejerce una autoridad delegada por este Estado); el contenido de estas expresiones varía considerablemente no sólo de un Estado miembro a otro y, dentro de cada Estado miembro, según las épocas, sino también en el seno del Derecho comunitario, en la medida en que estas expresiones se utilizan en él en función de las distintas materias.

En la jurisprudencia que recordé anteriormente, el Tribunal no ha intentado —en mi opinión, acertadamente— definir estos conceptos *in abstracto*. No obstante, de esta jurisprudencia se deduce que el concepto de autoridad pública debe interpretarse muy ampliamente y que todos los órganos investidos de cualquier autoridad sobre los particulares en virtud de la estructura constitucional de un Estado miembro entran en el concepto de «Estado». Ni la manera en que está organizada esta autoridad (en lo sucesivo, «autoridad pública»), ni las relaciones entre los diferentes órganos que ejercen esta autoridad revisten ninguna importancia. Habida cuenta de las sentencias Marshall, Johnston y Costanzo (así como la anterior sentencia Auer⁴³), es innegable que entran todos en el concepto de «Estado», sin que sea preciso recurrir a ningún criterio de delegación o de control por otras autoridades. Hasta ese punto está todo claro.

La cuestión que se plantea en el presente asunto es la de hasta qué punto la aplicación de esta jurisprudencia puede extenderse, en particular respecto a empresas, *in casu* empresas públicas, que no ejercen como tales ninguna autoridad *stricto sensu* sobre los

43 — Sentencia de 22 de septiembre de 1983 (Auer, 271/82, Rec. 1983, p. 2727, apartado 19) y conclusiones del Abogado General Sr. Mancini, p. 2751.

particulares. Entiendo que a esta cuestión debe responderse como sigue: esta jurisprudencia puede extenderse en la medida en que el «Estado» (en sentido amplio, definido en el párrafo anterior) se ha atribuido una competencia que le permite influir de manera decisiva sobre el comportamiento de personas —de cualquier naturaleza, pública o privada, o en cualquier sector de actividad— en relación con la materia contemplada en la Directiva que no ha sido aplicada debidamente. La manera en que el «Estado» puede influenciar el comportamiento de estas personas carece de relevancia a este respecto: *de iure* o *de facto*, por ejemplo, porque la autoridad pública tenga un poder general o especial (o incluso un poder de hecho) para dar instrucciones obligatorias a esas personas, ejerciendo o no sus derechos de accionista, o para autorizar previamente o suspender o anular *a posteriori* las decisiones adoptadas por esas personas, o para nombrar o remover los miembros de sus órganos de dirección (o a la mayoría de éstos), o para dejar, en todo o en parte, de financiarlos en una medida que amenace su existencia; siempre y cuando, no obstante: 1) esa posibilidad de ejercer una influencia debe proceder de una competencia distinta de una potestad legislativa general (porque, en ese último caso, todos los particulares —sometidos a semejante potestad normativa general— entrarían en el ámbito de aplicación de la jurisprudencia Marshall, con lo que esta jurisprudencia erraría su objetivo, y 2), como ya he dicho, esta posibilidad de ejercer una influencia debe situarse, entre otros aspectos o en particular, en el marco de la materia contemplada por la disposición de la Directiva a la que no se ha adaptado aún el Derecho nacional.

Cuando el «Estado» (en sentido amplio) se reserva este poder de influir en una persona (*en el caso de autos*, la BGC), entre otras, respecto a la materia contemplada en la disposición de que se trate de la Directiva, ha

sometido esta persona a su autoridad frente a los particulares. Por consiguiente, estos últimos pueden invocar también la falta de adaptación del Derecho interno a la Directiva por parte del Estado miembro, frente a dicha persona. En efecto, entra en la *ratio* de la sentencia Marshall no dejar al Estado de que se trate obtener ventajas de su omisión en todo lo que corresponda a la esfera de responsabilidad que se ha atribuido, independientemente de cuál sea la persona en la que ha delegado esta responsabilidad.

22. Habida cuenta de lo anterior, propongo responder de la siguiente forma a la cuestión planteada por el órgano jurisdiccional nacional. Los particulares pueden invocar una disposición incondicional y suficientemente precisa, como el apartado 1 del artículo 5 de la Directiva 76/207, frente a una persona o un organismo, *en el presente asunto* una empresa pública, respecto a la cual el Estado —considerado como cualquier organismo investido de una autoridad pública, independientemente de cuáles sean sus relaciones con otros organismos públicos y cuál sea la naturaleza de la función que le ha sido encomendada— 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.

Corresponde a los órganos jurisdiccionales nacionales aplicar este criterio en un caso concreto. Me será permitido recordar, no obstante, que, en el caso de la BGC, el Ministro competente podía, en la época en que ocurrieron los hechos, dar instrucciones obligatorias a la BGC tanto en relación con la gestión lo más eficaz posible de su empresa como en relación con la ejecución y

ejercicio de sus funciones en general, cuando el interés nacional lo exigiera (véase apartado 3). Entiendo que el respeto al Derecho, incluido el Derecho comunitario, que vincula a todos los Estados miembros, es un objetivo de interés nacional, de manera que *podían* darse a la BGC instrucciones obligatorias con objeto de respetar las disposiciones de la Directiva 76/207, a la que el Derecho nacional no había sido formalmente adaptado en aquella época. Por otra parte, el Ministro nombraba a los miembros del consejo de administración de la BGC y, supongo, podía obligarles a dimitir e incluso podía ejercer presión sobre la dirección de la empresa mediante decisiones de carácter económico.

Me permitiré observar además, a este respecto, que la respuesta que acabo de proponer es *mutatis mutandis*, es decir, teniendo en cuenta las diferencias de objetivos de cada una de las normativas, conforme a la legislación y a la jurisprudencia en otros sectores del Derecho comunitario en los que, a semejanza del caso de autos, el concepto de Estado debe interpretarse en sentido amplio: también en esos sectores, a órganos que no están investidos de una autoridad pública les es aplicable la normativa de que se trate cuando la autoridad pública puede influir en su comportamiento (véase apartado 16).

La cuestión de la indemnización

23. Mediante la segunda parte de su cuestión, el órgano jurisdiccional nacional pretende saber si, en el supuesto de que las demandantes puedan invocar la Directiva relativa a la igualdad de trato frente a la BGC, pueden «reclamar una indemnización por daños y perjuicios basándose en que la política de jubilación de la BGC era contraria a la Directiva».

A falta de una normativa específica de Derecho comunitario, esta cuestión debe resolverse, en principio, basándose en el Derecho nacional del Estado miembro de que se trate. No obstante, el Derecho comunitario restringe también, en cierta medida, la libertad dejada a los Estados miembros de regular, desde el punto de vista del contenido y del procedimiento, las sanciones que acompañan a las obligaciones impuestas a los Estados miembros por una directiva.

En concreto, por lo que se refiere a la sanción de las obligaciones derivadas del apartado 1 del artículo 5 de la Directiva 76/207, de que también se trata en el asunto presente, el Tribunal afirmó lo siguiente en el apartado 28 de los fundamentos de la sentencia von Colson, de 10 de abril de 1984:⁴⁴

«que, aunque la Directiva 76/207 deje a los Estados miembros, al sancionar la violación de la prohibición de discriminación, la libertad de elegir entre distintas soluciones aptas para la consecución de su objetivo, implica sin embargo que, si un Estado miembro opta por sancionar la violación de la prohibición de que se trate mediante la concesión de una indemnización, ésta debe ser en cualquier caso, para garantizar su eficacia y su efecto disuasorio, adecuada en relación con el perjuicio sufrido y, por consiguiente, debe ser superior a una indemnización puramente simbólica» (*traducción provisional*).

Corresponde al órgano jurisdiccional nacional buscar en su ordenamiento jurídico los medios adecuados para garantizar el cumplimiento de esta exigencia derivada del Derecho comunitario.

⁴⁴ — Sentencia von Colson, citada anteriormente en la nota 9, apartados 23 y 26 de los fundamentos.

Conclusión

24. Propongo responder en los siguientes términos a la cuestión planteada por el órgano jurisdiccional nacional:

«Los particulares pueden invocar una disposición incondicional y suficientemente precisa, como la del apartado 1 del artículo 5 de la Directiva 76/207/CEE, frente a una empresa respecto a la cual el Estado —considerado como cualquier organismo investido de una autoridad pública, independientemente de cuáles sean sus relaciones con otros organismos públicos y cuál sea la naturaleza de la función que le ha sido conferida— asume una responsabilidad que le posibilita influir de manera determinante y de cualquier forma (excepto mediante el ejercicio de una potestad legislativa general) sobre el comportamiento de esta empresa, 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.

Aunque la Directiva 76/207/CEE deje a los Estados miembros, al sancionar la violación de la prohibición de discriminación, la libertad de elegir entre distintas soluciones aptas para la consecución de su objetivo, implica sin embargo que, si un Estado miembro opta por sancionar la violación de la prohibición de que se trate mediante la concesión de una indemnización, ésta debe ser, en cualquier caso y para garantizar su eficacia y su efecto disuasorio, adecuada en relación con el perjuicio sufrido. Corresponde al órgano jurisdiccional nacional buscar en su ordenamiento jurídico los medios adecuados para garantizar el cumplimiento de esta exigencia derivada del Derecho comunitario.»