

DE FOSTER A FARRELL II: EL CONCEPTO DE ESTADO EN LA DETERMINACIÓN DEL EFECTO DIRECTO DE LAS DIRECTIVAS

BEATRIZ VÁZQUEZ RODRÍGUEZ

Profesora de Derecho Internacional Público Universidad de Oviedo

Revista Española de Derecho Europeo 65

Enero – Marzo 2018

Págs. 137 – 162

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. EL CONCEPTO DE ESTADO RESPECTO AL EFECTO DIRECTO DE LAS DIRECTIVAS. 1. *Primeras aproximaciones en la jurisprudencia del TJ.* 2. *La emanación del Estado según el test Foster.* 3. *Los posteriores desarrollos jurisprudenciales: ¿Una interpretación uniforme de los criterios establecidos en el asunto Foster?* 4. *El asunto Farrell II: una aportación relevante en la clarificación del concepto de emanación del Estado.* 4.1. *El test Foster: ¿Criterios disyuntivos o acumulativos?* 4.2. *Sobre la existencia de un principio fundamental que sirva de guía al órgano jurisdiccional nacional.* 4.3. *Los elementos para determinar la emanación del Estado.* III. UNA BREVE REFLEXIÓN SOBRE EL EFECTO DIRECTO HORIZONTAL DE LAS DIRECTIVAS: ¿UN CAMBIO CONVENIENTE?. IV. CONCLUSIONES. V. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: Desde su pronunciamiento en el asunto Foster, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea reconoció que los particulares podrían invocar una directiva frente a organismos o entidades que estén sometidos a la autoridad o al control del Estado o que dispongan de poderes exorbitantes en relación con los que se deriven de las normas aplicables en las relaciones entre particulares. Ello ha traído consigo una interpretación tan amplia de lo que puede considerarse como una emanación del Estado que permite que en esta categoría se incluyan entidades de derecho privado. Sin embargo, la aplicación del

ABSTRACT: Since its pronouncement in the Foster case, the Court recognized that individuals could invoke a directive against bodies or entities that are subject to the authority or control of the State or has for that purpose special powers beyond those which result from the normal rules applicable in relations between individuals. This has brought with it such a broad interpretation of what can be considered as an emanation of the State, which allows private law entities to be included in this category. However, the application of the Foster test in its subsequent jurisprudence has highlighted a certain

test Foster en su jurisprudencia posterior ha puesto de relieve cierta ausencia de uniformidad en la interpretación por el TJUE de los criterios que lo componen. El reciente asunto Farrell II arroja luz sobre esa cuestión y da pie a reflexionar sobre la pertinencia de reconsiderar la negativa a reconocer el efecto directo horizontal de las directivas.

PALABRAS CLAVE: Emanación del Estado - Efecto directo - Invocabilidad de una directiva - Facultades exorbitantes.

lack of uniformity in the interpretation of the criteria by the CJEU. The recent Farrell II issue sheds light on this issue and gives rise to reflection on the relevance of reconsidering the refusal to recognize the direct horizontal effect of directives.

KEYWORDS: Emanation of the State - Direct effect - Possibility of relying on a directive - Special powers.

Fecha de recepción: 7-12-2017

Fecha de aceptación: 9-2-2018

I. INTRODUCCIÓN

La interpretación amplia del concepto de Estado es uno de los elementos mediante los que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) trata de paliar los efectos adversos de la ausencia de reconocimiento del efecto directo horizontal de las directivas¹, lo que le ha llevado incluso a considerar que organismos de derecho privado pueden entrar

1. Como es sabido, otros elementos proclamados por el Tribunal de Justicia son la interpretación conforme y la responsabilidad del Estado por violación del derecho de la Unión; en este sentido, véanse las Conclusiones presentadas por el Abogado General C. Otto Lenz el 9 de febrero de 1994, *Faccini Dori* (TJCE 1994, 125), asunto C-91/92, (ECLI:EU:C:1994:45), puntos 32-38, en las que se exponen las tres soluciones. En la doctrina, pueden verse entre otros: EMMERT, F., PEREIRA DE AZEVEDO, M., «L'effet horizontal des directives. La jurisprudence de la CJCE: un bateau ivre?», *Revue trimestrielle de droit européen*, n.º 3, 1993, pp. 514-517; RONCHETTI, L., «Obiettivo applicazione uniforme: contraddizioni e discriminazioni nella giurisprudenza comunitaria sulle direttive non trasposte», *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, n.º 2, 1998, pp. 433- 443; MASTROIANNI, R., «On the Distinction Between Vertical and Horizontal Effects of Community Directives: What a Role for the Principle of Equality?», *European Public Law*, vol. 5, n.º 3, 1999, p. 418; TRIDIMAS, T., «Black, White, and Shades of Grey: Horizontality of Directives Revisited», *Yearbook of European Law*, vol. 21, n.º 1, 2001, pp. 327-334; BELLIDO BARRIONUEVO, M., *La Directiva Comunitaria*, Madrid, Dykinson, 2003, pp. 217-238; DOUGAN, M., «When worlds collide! Competing visions of the relationship between direct effect and supremacy», *Common Market Law Review*, vol. 44, n.º 4, 2007, pp. 942-948; ARNULL, A., *The European Union and its Court of Justice*, Oxford, Oxford University Press, 2 ed., 2007, pp. 203-221. A la luz de la jurisprudencia, S. Rodin apunta que el Tribunal también considera como elementos para mitigar el efecto horizontal de las directivas: «et d'effect incident (...) les principes d'effectivité et d'équivalence et, enfin, a reconnu l'invocabilité d'exclusion aux principes généraux du droit», RODIN, S., «Les effets horizontaux du droit de l'Union Européenne», *La Cour de justice de l'Union européenne sous la présidence de Vassilios Skouris (2003-2015)*, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 504. L. Millán Moro, además de referirse a la interpretación conforme y a la responsabilidad patrimonial del Estado como medidas adoptadas para «neutralizar» los problemas de la doctrina del no reconocimiento del efecto directo horizontal de las directivas, alude a las relaciones triangulares y a la aplicación de los principios generales del derecho de la Unión, MILLÁN MORO, L., «El principio del Efecto Directo: evolución según la jurisprudencia del

dentro de la categoría de «emanación del Estado», y en consecuencia se les puede oponer las disposiciones de una directiva².

Sin embargo, la cuestión de si un ente puede ser considerado como Estado –o una emanación de éste– es problemática. Primero, porque si bien en relación con el reconocimiento de efecto directo de una directiva el concepto de Estado es una noción que ha de interpretarse a la luz del derecho de la Unión, sin embargo, también tiene contenido propio en el derecho interno de los Estados miembros, con la particularidad de que varía notablemente en los distintos ordenamientos. Pero es que aun acudiendo al ordenamiento de la Unión Europea en la búsqueda de una definición de «Estado», el Tribunal ha utilizado indistintamente una pluralidad de términos como: «Estado», «emanación del Estado», «órgano del Estado», «autoridad del Estado» o «autoridad pública», sin que hasta el presente haya consagrado una definición genérica de los tipos de entes que pueden ser asimilados al Estado, lo que provoca serias dificultades e incertidumbres. A ello hay que sumar que el concepto de Estado en el marco de la Unión Europea también puede tener diferente alcance según el sector de que se trate, pues no es lo mismo el concepto de Estado y sus emanaciones en lo que atañe al posible efecto directo de una directiva que el concepto de Estado y sus categorías adoptado por el Tribunal de Justicia (TJ), por ejemplo, en materia de contratación pública. Además, también es relevante el momento concreto en el que se invoca el posible efecto directo de una directiva, ya que un mismo ente podrá mutar su naturaleza de privada a pública debido, por ejemplo, a su nacionalización por parte del Estado, lo que podría dar lugar a distorsiones en función del momento en que se plantee el litigio.

En su jurisprudencia, el TJ ha querido buscar un equilibrio entre «*extender al máximo posible, dentro de los límites que el Tratado permite, la efectividad de las Directivas, y al mismo tiempo evitar que el Estado pueda obtener ventaja derivada de su incumplimiento de transponer a tiempo y correctamente la Directiva*»³. Para ese cometido, a raíz del asunto *Foster*⁴ intentó establecer unos criterios generales para determinar qué podría entenderse por emanación del Estado, atendiendo principalmente a un criterio funcional, afirmando así que podría invocarse el efecto directo frente a organismos o entidades que estén sometidos a la autoridad o al control del Estado o que dispongan de poderes exorbitantes en relación con los que se deriven de las normas aplicables en las relaciones entre particulares. En asuntos posteriores, aplicando el *test Foster*⁵ ha ido resolviendo caso por caso

Tribunal de Justicia», *Tratado de derecho y políticas de la Unión Europea*, vol. 4, Madrid, Thompson Reuters-Aranzadi, 2011, pp. 544-556.

2.

3. MAILLO GONZÁLEZ-ORÚS, J., «La noción de Estado en relación al efecto directo vertical de las directivas: aplicación al caso español», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 6, 1999, pp. 472-473.

4. STJCE de 12 de julio de 1990, *Foster*, asunto C-188/89, (ECLI:EU:C:1990:313).

5. Esta expresión es utilizada por diversos autores para referirse a los criterios establecidos en los apartados 18 a 20 de la sentencia *Foster*; en esta dirección, véanse entre otros: PRECHAL, S., *Directives in EC Law*, Oxford University Press, 2 ed., 2005, p. 60; CRAIG, P., «The legal effect of Directives: policy, rules and exceptions», *European Law Review*, vol. 34, n.º, 3, 2009, p. 355; HARTLEY, T., *The Foundations of European Union Law*, Oxford, Oxford University Press, 7 ed.,

y pronunciándose sobre entes de diversa naturaleza. No obstante, con el tiempo, los criterios establecidos en el citado test se han demostrado ambiguos y confusos, dando lugar a complejas discusiones respecto a la interpretación de los mismos, que básicamente han girado en torno a la consideración de si era necesaria una aplicación acumulativa de los elementos contenidos en el mencionado asunto o, por contra, era necesario tan solo la existencia de alguno de ellos para calificar a un ente concreto como Estado.

El reciente asunto *Farrell II*⁶ ha vuelto a sacar a la luz esta importante cuestión. Vistos los antecedentes, no debe sorprender que con intención de clarificar una jurisprudencia compleja y opaca la Abogada General E. Sharpston, en unas elaboradas Conclusiones, haya propuesto unos criterios que el órgano jurisdiccional nacional debería tener en cuenta para determinar si un demandado concreto es una emanación del Estado en lo que se refiere al efecto directo vertical de las directivas; además, ha vuelto a traer a debate el tema del reconocimiento del efecto directo horizontal de las directivas⁷, llegando a proponer al Tribunal de Justicia «*que retome y revise de forma crítica los motivos invocados en la sentencia Faccini Dori para rechazar el efecto directo horizontal*»⁸. Aunque el Tribunal en su fallo hace caso omiso de esta última sugerencia, sin embargo la propuesta puede servir de estímulo para reavivar el debate doctrinal sobre esta trascendente cuestión.

2010, p. 232; BOGUSZ, B., BERRY, E., HOMEWOOD, M. J., *Complete EU Law: Text, Cases, and Materials*, Oxford, Oxford University Press, 2 ed., 2015, p. 110.

6. STJUE de 10 de octubre de 2017 (JUR 2017, 252965), *Farrell*, asunto C-413/15, (ECLI:EU:C:2017:745). Utilizamos la denominación de *Farrell II* en coherencia con la utilizada por la Abogada General para referirse a la decisión anterior del TJ sobre el mismo caso (véase la nota 22 de las Conclusiones citadas en la nota 8).
7. Sobre esta cuestión véanse: PESCATORE, P., «The Doctrine of “Direct Effect”: An Infant Disease of Community Law», *European Law Review*, n.º 8, 1983, pp. 155-177; MANIN, P., «L’invocabilité des directives: quelques interrogations», *Revue trimestrielle de droit européen*, vol. 26, n.º 4, 1990, pp. 669-693; EMMERT, F., PEREIRA DE AZEVEDO, M., «L’effet horizontal des directives. La jurisprudence de la CJCE: un bateau ivre?», *op. cit.*, pp. 503-524; TRIDIMAS, T., «Horizontal effect of directives: a missed opportunity», *European Law Review*, vol. 19, n.º 6, 1994, pp. 621-636; DE WITTE, B., «Direct Effect, Supremacy and the Nature of the Legal Order», in CRAIG, P., DE BÚRCA, G. (Eds.), *The Evolution of EU Law*, Oxford, Oxford University Press, 1999, pp. 177-213. MASTROIANNI, R., «On the Distinction Between Vertical and Horizontal Effects of Community Directives: What a Role for the Principle of Equality?», *op. cit.*, pp. 417-435; MILLÁN MORO, L., «La eficacia directa de las directivas: evolución reciente», *Revista de Instituciones Europeas*, vol. 18, n.º 3, 1991, pp. 845-882; DOUGAN, M., «The “Disguised” Vertical Direct Effect of Directives?», *The Cambridge Law Journal*, vol. 59, n.º 3, 2000, pp. 586-611; LENZ, D., TYNES, S., YOUNG, L., «Horizontal what? Back to basic», *European Law Review*, vol. 25, n.º 5, 2000, pp. 509-522; PRECHAL, S., *Directives in EC Law*, *op. cit.*, pp. 216-270; DASHWOOD, A., «From Van Duyn to Mangold via Marshall: Reducing Direct Effect to Absurdity?», *The Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, vol. 9, 2006-2007, pp. 81-109; CRAIG, P., «The legal effect of Directives: policy, rules and exceptions», *op. cit.*, pp. 349-377; MILLÁN MORO, L., «El principio del Efecto Directo: evolución según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia», *op. cit.*, pp. 487-564.
8. Conclusiones de la Abogada General E. Sharpston presentadas el 22 de junio de 2017, *Farrell II* (JUR 2017, 252965), asunto C-413/15, (ECLI:EU:C:2017:492), punto 150.

Partiendo de estas premisas, la primera parte de este estudio se ocupará de hacer un análisis de la noción de Estado en lo que atañe a la determinación del efecto directo de las directivas, atendiendo primero a los requisitos establecidos en el asunto *Foster* y posteriormente a la jurisprudencia que se ha ido desarrollando sobre la base del mismo hasta el asunto *Farrell II*. Este examen pondrá de relieve la falta de claridad y precisión de los citados requisitos, trasluciéndose problemas interpretativos según la redacción de lo que se entiende por emanación del Estado en el *test Foster*. En la segunda parte, ofreceremos una breve reflexión sobre la oportunidad de considerar un posible efecto directo de las directivas en una relación horizontal y finalizaremos aportando unas conclusiones.

II. EL CONCEPTO DE ESTADO RESPECTO AL EFECTO DIRECTO DE LAS DIRECTIVAS

Se ha dicho que «*L'idée d'Etat en droit communautaire ne se rapporte en effet ni à la conception constitutionnelle ni à la conception internationale*»⁹, por lo que la búsqueda del concepto de Estado respecto a la determinación del efecto directo de una directiva se debe proporcionar en base a una interpretación específica y autónoma. Específica en lo relativo al recurso a categorías de derecho europeo y por tanto de conceptos a los que explícitamente se refieren los Tratados, y autónoma en cuanto a evitar acudir al orden internacional o a los órdenes internos de los Estados miembros en busca de elementos interpretativos¹⁰, lo que implica que en ausencia de definición del concepto de Estado en el ordenamiento jurídico de la Unión, se deberá acudir a la jurisprudencia del TJUE para identificar los requisitos necesarios que puedan constituirlo.

De esta forma, a continuación analizaremos la jurisprudencia en materia en la búsqueda del concepto de Estado teniendo presente que las categorías de entes que van a ser valorados por el Tribunal son de muy diversa naturaleza, lo que va a suponer que necesariamente se formulará en términos abstractos. Conviene advertir también que dada la pluralidad de regulaciones y situaciones en los Estados miembros se ha dicho con razón que «*it is extremely difficult within the Community firmament to develop a test which can be universally applied in all the member states*»¹¹.

1. PRIMERAS APROXIMACIONES EN LA JURISPRUDENCIA DEL TJ

Es en el célebre asunto *Marshall* donde por primera vez nos encontramos con interrogantes acerca del alcance del concepto de Estado respecto a la determinación del efecto

9. HECQUARD-THERON, M., «La notion d'Etat en droit communautaire», *Revue trimestrielle de droit européen*, n.º 4, 1990, p. 693.

10. Así lo considera la Abogado General E. Sharpston cuando afirma que: «*El concepto de emanación del Estado en lo que se refiere al efecto directo vertical debe ser un concepto autónomo del Derecho de la Unión*»; la razón estriba en que «*El requisito fundamental de que el Derecho de la Unión se aplique de modo uniforme en toda la Unión Europea impide que se adopte una definición cuyo alcance pueda variar en función de las diversas definiciones que se aplican en los distintos sistemas jurídicos nacionales*», Conclusiones *Farrell*, citadas, punto 109.

11. CURTIN, D., «The Province of Government: Delimiting the Direct Effect of Directives in the Common Law Context», *European Law Review*, vol. 15, n.º 3, 1990, p. 198.

directo de las directivas, lo que es lógico si recordamos que es el primer asunto donde se rechaza explícitamente el efecto horizontal de las directivas sobre la base de lo que ya parecía augurar el asunto *Ratti*¹². Ante la multiplicidad de entes de carácter privado que proveen servicios públicos, se trataba de saber «*si es posible una disociación entre las actividades iure imperii del Estado y las actividades iure gestionis, entre el Estado-poder público y el Estado-empresario a efectos de delimitar las relaciones verticales*»¹³. El Abogado General G. Slynn apuntó a la ya citada autonomía de la noción de Estado cuando recordó las diversas interpretaciones de la noción de Estado según se aplique en el orden interno o comunitario y puso de relieve que no necesariamente tenían que coincidir respecto de su contenido material. En concreto, sobre la determinación del concepto de Estado desde la perspectiva del derecho comunitario, el Abogado General propuso una interpretación amplia y funcional en la medida en que según él:

*«en materia de Derecho comunitario, cuando se plantea la cuestión de un particular que invoca las disposiciones de una directiva en contra del Estado, el término “Estado” ha de ser entendido en sentido amplio, comprendiendo todos los órganos del mismo. En materia de empleo, que es a lo que se refiere la Directiva 76/207, se trata, pues, de todos los agentes de dichos órganos y no solo de la Administración central»*¹⁴.

En su fallo, el Tribunal no entró en el fondo de la cuestión, ni se aventuró a esbozar una definición de Estado, pero pronunciándose sobre el efecto directo de las directivas en las relaciones verticales, rechazó la distinción entre las actividades *iure imperii* del Estado y las actividades *iure gestionis* que argumentaba el Gobierno británico y consideró que:

*«cuando los justiciables pueden invocar una directiva contra el Estado, lo pueden hacer cualquiera que sea la calidad en que éste actúe, ya sea 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»*¹⁵.

El rechazo por el TJCE del reconocimiento del efecto directo horizontal de las directivas llevó sin embargo a algunos nuevos problemas respecto a la configuración del concepto de Estado. Por un lado, como también puso de relieve el Gobierno Británico en sus alegaciones, considerar a la institución sanitaria (Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority) como emanación del Estado podría dar lugar a una posible discriminación entre los derechos de los empleados públicos y los derechos de los empleados del sector privado¹⁶. El Tribunal implícitamente reconoció que podría existir tal discriminación, al afirmar que: *«Efectivamente, tal distinción podría haber sido*

12. STJCE de 5 de abril de 1979, *Ratti*, asunto C-148/78, (ECLI:EU:C:1979:110), véanse los apartados 20– 22.

13. MANGAS MARTÍN, A., «Los principios del Derecho de la Unión Europea en sus relaciones con los ordenamientos internos (I)», en MANGAS MARTÍN, A., LIÑÁN NOGUERAS, D., *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Madrid, Tecnos, 9 ed., 2016, p. 421.

14. Conclusiones del Abogado General G. Slynn presentadas el 18 de septiembre de 1985, *Marshall*, asunto C-152/84, (ECLI:EU:C:1985:345), p. 735.

15. STJCE *Marshall*, citada, apartado 49.

16. Según M. Horspool y M. Humphreys, *«It is not satisfactory situation that two individuals with exactly the same grievances should be treated differently according to whether their employer is a pu-*

fácilmente evitada si el Estado miembro en cuestión hubiese incorporado correctamente la directiva a su derecho interno»¹⁷, lo que a la vista del elevado número de recursos por incumplimiento por no transposición de directivas en plazo o su transposición incorrecta no parece ser una solución con la que se pueda contar en la mayoría de los casos¹⁸. Un segundo problema a considerar es que el Tribunal en este asunto, al no ofrecer una definición de Estado, no despejó el interrogante sobre cuáles son los entes contra los que una directiva podría ser invocada, tan solo ofreció una «*little guidance to courts and tribunals which might in the future be called upon to determine the status of other bodies*»¹⁹.

En los asuntos *Johnston* y *Costanzo*, el Tribunal ya dejó entrever que consolidaría la jurisprudencia *Marshall* y defendería un concepto amplio de Estado entendiendo que si los particulares estaban legitimados para invocar lo dispuesto en una directiva ante los órganos jurisdiccionales nacionales, «*es porque las obligaciones contempladas en la misma se imponen a todas las autoridades de los Estados miembros*»²⁰. Ello podría incluir a responsables de la dirección de los servicios de la policía²¹ o a los entes municipales²², ya que, a pesar de no estar integrados en la Administración central, lo esencial radica en cerciorarse de que cualquier órgano de la administración pública «*no pueda sacar ventajas del hecho de que el Estado del que depende no aplique el Derecho comunitario*»²³. Bien es verdad que en los citados asuntos tampoco estableció unos criterios para definir el concepto de Estado, pero reconoció que cualquier organismo con autoridad sobre los particulares en

blic authority or a private employer», HORSPOOL, M., HUMPHREYS, M., *European Union Law*, Oxford, Oxford University Press, 7 ed., 2012, p. 169.

17. STJCE *Marshall*, citada, apartado 51.

18. Con todo, tiene razón A. Mangas Martín cuando apunta que «Es verdad que la responsabilidad de esa “discriminación” no reside en la doctrina del Tribunal sino en el Estado infractor. Y en sus manos está hacer desaparecer la discriminación inmediatamente», MANGAS MARTÍN, A., «Los principios del Derecho de la Unión Europea en sus relaciones con los ordenamientos internos (I)», *op. cit.*, p. 424.

19. ARNULL, A., *The European Union and its Court of Justice*, *op. cit.*, p. 204. Sobre el apartado 51 del asunto *Marshall* véase también: MANIN, P., «L’invocabilité des directives: quelques interrogations», *op. cit.*, p. 684.

20. STJCE de 22 de junio de 1989, *Costanzo*, asunto C-103/88, (ECLI:EU:C:1989:256), apartado 30.

21. Recordemos que en el asunto *Johnston* se discutía sobre la naturaleza del Chief Constable un funcionario responsable de la dirección de los servicios de la policía. El TJCE en base al asunto *Marshall* determinó que: «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», STJCE de 15 de mayo de 1986, *Johnston*, asunto C-222/84, (ECLI:EU:C:1986:206), apartado 56.

22. Respecto del asunto *Costanzo* y la doctrina de la unidad del Estado por lo que se refiere a las obligaciones derivadas del Derecho de la Unión véase: BAQUERO CRUZ, J., SARMIENTO D., «Principios fundamentales del ordenamiento comunitario y administraciones nacionales», en *El informe del Consejo de Estado sobre la inserción del Derecho europeo en el ordenamiento español. Texto del informe, estudios y ponencias*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, pp. 473-490.

23. STJCE *Johnston*, citada, apartado 56.

virtud de la estructura constitucional de un Estado miembro podría entrar dentro de la categoría de «emanación del Estado».

2. LA EMANACIÓN DEL ESTADO SEGÚN EL TEST FOSTER

Un paso importante respecto a esta citada jurisprudencia es el asunto *Foster*, que como afirman P. Craig y G. De Búrca, «*remains the primary ruling on the concept of the “State” for the purposes of vertical direct effect*»²⁴. El asunto se planteó en el marco de una cuestión prejudicial, cuando la House of Lords preguntó al TJCE si la British Gas Corporation (BGC), –un organismo controlado por poderes públicos y dotado de personalidad jurídica que detentaba el monopolio de la distribución de gas a viviendas particulares y empresas en Gran Bretaña– era un organismo contra el cual las demandantes estaban legitimadas para invocar una directiva ante sus órganos jurisdiccionales nacionales, esto es, si era posible invocar la Directiva 76/207 CEE sobre igualdad de trato de hombres y mujeres en relación al acceso y condiciones de empleo frente a la BGC. Más concretamente, lo que se le preguntaba al Tribunal era si la jurisprudencia *Marshall, Johnston* y *Costanzo* podría extenderse a empresas públicas que no ejercen como tales ninguna autoridad sobre los particulares.

Para llegar a una valoración final, el Tribunal analizó dos planteamientos sugeridos en las alegaciones de las partes. El primero de carácter *funcional*, que implicaba considerar el tipo de actividades que desarrollaba el ente en cuestión. Según esto, sería considerado como Estado un ente encargado de la gestión de un servicio de interés público ya que desempeñaría una función pública en nombre del Estado o de un organismo al que este le hubiese confiado un deber público. El segundo enfoque supuso determinar la existencia de un *control* del Estado sobre el órgano en cuestión, ya fuera a través de una situación de subordinación derivada de ciertas instrucciones o la existencia de legislación específica en materia, o de un control derivado de un componente económico que determinara, por ejemplo, la financiación del ente concreto por el Estado²⁵.

El Abogado General W. Van Gerven entendió que efectivamente podría extenderse la jurisprudencia anterior en materia, «*en la medida en que el “Estado” (en sentido amplio) se ha atribuido una competencia que le permite influir de manera decisiva sobre el comportamiento de personas en relación con la materia contemplada en la Directiva que no ha sido aplicada debidamente*»²⁶. En su fallo, el Tribunal elaboró en su apartado 18 una formulación, en términos disyuntivos, de lo que podría considerarse como una emanación del Estado, y a tal fin permitir que una directiva fuera invocada por los particulares. En concreto, el

24. CRAIG, P., DE BÚRCA, G., *EU Law. Text, cases and materials*, Oxford, Oxford University Press, 6 ed., 2015, p. 206.

25. Veáanse: MAILLO GONZÁLEZ-ORÚS, J., «La noción de Estado en relación al efecto directo vertical de las directivas: aplicación al caso español», *op. cit.*, p. 476; PRECHAL, S., *Directives in EC Law*, *op. cit.*, p. 59.

26. Conclusiones del Abogado General W. Van Gerven presentadas el 8 de mayo de 1990, *Foster*, asunto C-188/89, (ECLI:EU:C:1990:188), punto 21.

Tribunal se refirió «a organismos o entidades que estén sometidos a la autoridad o al control del Estado o que dispongan de poderes exorbitantes en relación con los que se deriven de las normas aplicables en las relaciones entre particulares»²⁷. Seguidamente, después de recordar los casos específicos abordados por la jurisprudencia, consideró en su apartado 20, en este caso con una redacción de carácter acumulativo, que el supuesto concreto de la BGC era una emanación del Estado, ya que:

«entre las entidades a las que se pueden oponer las disposiciones de una directiva que puedan tener efectos directos, figura, en cualquier caso, un organismo al que, cualquiera que sea su forma jurídica, le ha sido encomendado, en virtud de un acto de la autoridad pública, el cumplimiento, bajo el control de esta última, de un servicio de interés público y que dispone, a tal efecto, de facultades exorbitantes en comparación con las normas aplicables en las relaciones entre particulares»²⁸.

Los apartados 18 y 20 de la sentencia *Foster* –considerados como el núcleo central del denominado *test Foster* y que deben aplicar los tribunales nacionales de los diferentes Estados miembros para valorar si un ente concreto puede ser asimilado al Estado–, plantean importantes interrogantes y algunos de ellos han sido objeto de importantes discusiones doctrinales. La cuestión fundamental es: los criterios para considerar si un ente concreto es una emanación del Estado en el asunto *Foster* ¿se recogen en el apartado 18 o en el apartado 20 de la citada sentencia? De otro modo, ¿La intención del TJCE en *Foster* fue determinar en su apartado 18 unos criterios generales para considerar los elementos necesarios para oponer una directiva en una relación vertical y en el 20 se refirió en concreto a la naturaleza del ente que se discutía en ese asunto, es decir la BGC o, por el contrario, tanto el apartado 18 como el apartado 20 establece los requisitos para la consideración de una entidad como emanación del Estado? Si esta respuesta es afirmativa, ¿todos los requisitos recogidos son necesarios en la ecuación, es decir, tienen carácter acumulativo o hay alguno que se consagra de manera principal y en consecuencia tienen un carácter disyuntivo?

La doctrina ofrece respuestas dispares²⁹. Incluso entre aquellos que consideran que en la redacción del fallo del asunto *Foster* se establecen unos criterios acumulativos para

27. STCJE *Foster*, citada, apartado 18.

28. *Ibidem*, ap. 20.

29. Entre los que consideran que los requisitos deben interpretarse de forma cumulativa están T. Hartley que entiende que existen cuatro condiciones acumulativas al afirmar que «*This test consists of four elements. First, the body must provide a public service; secondly, it must do so pursuant to a measure adopted by the State; thirdly, it must do so under the control of the State; and fourthly, it must possess special powers beyond those normally applicable in relations between individuals. Each of these is important*», HARTLEY, T., *The Foundations of European Union Law*, op. cit., p. 232; también, K. Lenaerts y P. Van Nuffel y R. Schütze, que entienden que son dos condiciones cumulativas incluyendo la prestación de servicios públicos bajo el control del Estado y ostentar facultades exorbitantes: «*It also includes bodies, whatever their legal form, which have been made responsible pursuant to a measure adopted by the State, for providing a public service under the control of the State and have for that purpose special powers beyond those which result from the normal rules applicable in relations between individuals*», LENAERTS, K., VAN NUFFEL, P., *European*

entender que una entidad es una emanación del Estado, tampoco hay coincidencia en si es necesario que al ente en cuestión se le encomiende la prestación de un servicio público, esté sometido al control del Estado y goce de facultades exorbitantes o simplemente bastaría con que se probase la existencia de control por parte del Estado y que el organismo detentase facultades exorbitantes.

Para algunos autores, estos dos apartados concretos de la sentencia *Foster* son insuficientes en la medida que se establecen criterios muy generales y de carácter restrictivo ya que además «*factors such as control, regulation, exercise of the “classic functions” of the state, supply of public services are indicative, but not conclusive, evidence that a public authority should be bound in the same way as the government of a Member State by the obligations contained in Community law*»³⁰. No obstante, se debe recordar que una exhaustividad en los criterios sobre la determinación del concepto de Estado en derecho de la Unión para el reconocimiento de un posible efecto directo de una directiva no es adecuada, dada la existencia de una pluralidad de entes de diversa naturaleza en los diferentes sistemas jurídicos de los Estados miembros³¹.

J. Maillo González-Orús ya aventuraba atinadamente hace algunos años la confusión respecto al *test Foster* cuando reconocía que:

«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 (...) La amplitud y la falta de precisión de la expresión utilizada por el Tribunal deja importantes márgenes de incertidumbre»³².

Para responder a todas estas cuestiones habrá que atender a la jurisprudencia posterior en materia y analizar cuál ha sido la tendencia del Tribunal para cada caso, en busca de unos criterios generales de interpretación.

Union Law, London, Sweet & Maxwell, 3 ed., 2011, pp. 903-904. En sentido parecido, SCHÜTZ, R., *European Union Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015, p. 100. Para Bobek, existen dos condiciones no acumulativas al afirmar que «*It inflated the notion of the State as to encompass any organisation or body which is subject to the authority or control of the State or has a special powers beyond those which result from the normal rules applicable to relations between individuals. Therefore, all bodies or entities which are subject to the authority or control of a public authority or the State will be, for the purpose of direct effect of directives, considered to be part of the Member State*», BOBEK, M., «The Effects of EU Law in the National Legal Systems», in BARNARD, C., PEERS, S., (Eds.), *European Union Law*, Oxford, Oxford University Press, 2014, p. 152.

30. SZYSZCZAK, E., «Case C-188/89, *Foster and Others v. British Gas plc*, Preliminary reference under Article 177 EEC by the House of Lords, Decision of the European Court of Justice of 12 July 1990», *Common Market Law Review*, vol. 27, n.º 4, 1990, pp. 868.

31. Sobre el eco de la jurisprudencia *Foster* en varios pronunciamientos de tribunales españoles véase: DÍEZ-HOCHLEITNER, J. «A vueltas con las Directivas: el XVIII Congreso de la F.I.D.E.», *Gaceta Jurídica de la C.E.*, n.º 132, 1998, p. 2.

32. MAILLO GONZÁLEZ-ORÚS, J., «La noción de Estado en relación al efecto directo vertical de las directivas: aplicación al caso español», *op. cit.*, p. 476.

3. LOS POSTERIORES DESARROLLOS JURISPRUDENCIALES: ¿UNA INTERPRETACIÓN UNIFORME DE LOS CRITERIOS ESTABLECIDOS EN EL ASUNTO FOSTER?

En efecto, es la práctica la que puede esclarecernos el alcance del contenido de los requisitos del *test Foster* respecto a la consideración del concepto de Estado para invocar el efecto directo en una relación vertical de las directivas³³. El primer asunto posterior sobre la cuestión fue el asunto *Kampelmann*, donde se planteó si podía invocarse una directiva, por un lado, contra una unión provincial considerada como un entre territorial, y por otro, contra empresas municipales distribuidoras de servicios de energía en dos ciudades de Alemania. Para considerar si los citados entes podían asimilarse a un Estado, el Tribunal parece haber utilizado una fórmula mixta ya que aludió explícitamente al contenido del apartado 18 de la sentencia *Foster* al afirmar que un Directiva puede invocarse frente al Estado y frente a «organismos o entidades que estén sometidos a la autoridad o al control del Estado o que dispongan de poderes exorbitantes en relación con los que se derivan de las normas aplicables en las relaciones entre particulares»³⁴, pero también aludió a alguna de las características del apartado 20 del asunto *Foster* en la medida en que consideró también a «aquellos organismos a los que, con independencia de su forma jurídica, se les haya encomendado, en virtud de un acto de la autoridad pública, la prestación de un servicio de interés público, bajo el control de esta última»³⁵. Años después, el Tribunal utilizaría una fórmula idéntica en el asunto *Vassallo* con respecto a un centro hospitalario³⁶.

En los asuntos *Collino y Chiappero y Domínguez*, se planteaban respectivamente los casos de una entidad gestionada por un organismo público de la Administración del Estado transmitida a una sociedad de derecho privado con capital público que prestaba servicios de telecomunicaciones públicas: Iritel (posteriormente Telecom Italia)³⁷ y del denominado Centre informatique du Centre Ouest Atlantique (CICOA)³⁸. En ambos asuntos, el Tribunal actúa de manera idéntica, refiriéndose primero en su argumentación al párrafo 20 del asunto *Foster*, y remitiendo posteriormente al órgano jurisdiccional la tarea de analizar, en base a aquel, si los demandantes podían invocar la directiva frente a ese ente en concreto por ser considerado como una emanación del Estado. En el asunto *Farrell I*, tanto la Abogado General en sus Conclusiones³⁹, como el Tribunal⁴⁰, aludieron

33. El análisis no seguirá un criterio cronológico sino que los casos se agruparán en atención a la similitud del enfoque seguido por el TJ.

34. STCJE de 4 de diciembre de 1997, *Kampelmann*, asuntos C-253/96 a C-258/96, (ECLI:EU:C:1997:585), apartado 47.

35. *Ibidem*, apartado 46.

36. STJCE de 7 de septiembre de 2003, *Vassallo*, asunto C-180/04, (ECLI:EU:C:2006:518), apartado 26.

37. STJCE de 14 de septiembre de 2000, *Collino y Chiappero*, asunto C-343/98, (ECLI:EU:C:2000:441), apartados 23 y 24.

38. STJUE de 24 de enero de 2012, *Domínguez*, asunto C-282/10, (ECLI:EU:C:2012:33), apartados 39 y 40.

39. Conclusiones de la Abogado General C. Stix-Hackl presentadas el 5 de octubre de 2006, *Farrell*, asunto C-356/05, (ECLI:EU:C:2006:653), punto 69.

40. STJCE de 19 de abril de 2007, *Farrell*, asunto C-356/05, (ECLI:EU:C:2007:229), apartados 40 y 41.

explícitamente a la formulación del apartado 20 del asunto *Foster*. Sin embargo, mientras que aquella consideró que podía valorar si el Motor Insurers Bureau of Ireland (MIBI) era una emanación del Estado, este determinó que no tenía datos suficientes para realizar esa apreciación. No obstante, de las Conclusiones de la Abogado General, se pone de relieve que aunque alude al apartado 20 de *Foster*, sin embargo se decanta por una interpretación disyuntiva de los requisitos ya que si bien debido a la escasez de la información proporcionada por el órgano jurisdiccional remitente no pudo determinar si el MIBI estaba sometido a la autoridad o al control del Estado, ni tampoco si disponía de facultades exorbitantes, era obvio que el ente en cuestión asumía una misión de carácter público, lo que entendía como suficiente para que el MIBI pudiera ser asimilado al Estado⁴¹.

En el asunto *Rieser Internationale Transporte*, el problema que se planteó era si podría considerarse una emanación el Estado a una persona jurídica de Derecho privado constituida por el Estado y explotada por éste como socio único a la que se han transferido –para que las ejerza bajo su propia responsabilidad y por cuenta propia– funciones que antes realizaba el Estado. En este asunto, el Tribunal también se refirió al apartado 20 del asunto *Foster*. Sin embargo, a diferencia de *Collino y Chiappero* y *Farrell I y Domínguez*, aquí el Tribunal consideró que sí tenía elementos suficientes para analizar si Asfinag era una emanación del Estado y concluyó que esta podía ser efectivamente una emanación del Estado en lo que respecta al efecto directo vertical⁴². Cabe resaltar que para el Abogado General, la justificación de la amplitud del concepto de emanación del Estado respecto del efecto directo de las directivas no se sustentó solo sobre la afirmación recogida en el asunto *Marshall* de evitar que el Estado pueda sacar ventajas del incumplimiento del Derecho de la Unión Europea sino también en la necesidad de impedir que un Estado «pueda eludir los efectos del Derecho comunitario transfiriendo la prestación de servicios públicos a sociedades de Derecho privado»⁴³.

A diferencia de los casos anteriores, en el asunto *Sozialhilfverband Rohrbach* el Tribunal mencionó explícitamente el apartado 18 de la sentencia *Foster*. Además, en su argumentación el Tribunal solo se refirió al requisito de sometimiento a la autoridad o al control de una autoridad pública, sin valorar si el ente en cuestión poseía facultades exorbitantes en relación con los que se derivan de las normas aplicables en las relaciones entre particulares, por lo que finalmente consideró que las nuevas sociedades de responsabilidad limitada –que cumplían aquel requisito, y por tanto que estaban sujetas al control de un socio único– eran emanaciones del Estado⁴⁴.

41. Conclusiones *Farrell*, citadas, puntos 71 y 72. Véase: DONNELLY, C., «Ireland and the European Union-2008», *The Irish Yearbook of International Law*, vol. 3, 2008, pp. 129-130.

42. STJCE de 5 de septiembre de 2004, *Rieser Internationale Transporte*, asunto C-157/02, 8ECLI:EU:C:2004:76), apartados 27 a 29.

43. Conclusiones del Abogado General S. Alber presentadas el 9 de septiembre de 2003, *Rieser Internationale Transporte*, asunto C-157/02, (ECLI:EU:C:2003:438), punto 32.

44. Auto TJCE de 26 de mayo de 2005, *Sozialhilfverband Rohrbach*, asunto C-297/03, (ECLI:EU:C:2005:315).

En lo que respecta al asunto *Kuso*, a pesar de que ni las partes en el litigio principal ni la Comisión habían cuestionado la naturaleza del ente implicado, el TJUE se remitió al considerando 22 de *Foster* (que reproduce de forma idéntica el apartado 20 de esta sentencia), para concluir que NÖ-LLWK formaba parte de los organismos dotados de poderes exorbitantes respecto de las normas aplicables a las relaciones entre particulares⁴⁵. A su vez, en el caso *Carratù* el TJUE se planteó la cuestión de si la Directiva 1999/70, podía invocarse contra la Poste Italiane por poder incluirse en la categoría de emanación del Estado. Para el Abogado General correspondía al órgano jurisdiccional remitente determinar si «a la Poste Italiane le es aplicable la doctrina Foster, es decir, si le han sido conferidas facultades exorbitantes respecto a las derivadas de la normativa habitual entre particulares»⁴⁶ y para ello recordó los asuntos *Collino* y *Chiappero* y *Domínguez* donde tal como apuntamos, se había remitido explícitamente al apartado 20 de *Foster*. En el fallo del Tribunal, se alude al contenido del apartado 20 de *Foster* y –en vez de remitir la cuestión al órgano jurisdiccional nacional remitente para que valorase si efectivamente la Poste Italiane era una emanación del Estado tal como había sugerido el Abogado General– se consideró que aquel era un organismo cuyo titular exclusivo era el Estado italiano a través de su único accionista, el Ministero dell’Economia e delle Finanze; que además estaba sometido a la supervisión del Estado y de la Corte dei Conti (Tribunal de Cuentas), por lo que figuraba entre las entidades a las que podían oponerse el efecto directo vertical de una directiva⁴⁷.

Finalmente, en *Portgás*, el TJ se remitió de nuevo al apartado 20 de la sentencia *Foster*, reproducido en las sentencias *Collino* y *Chiappero*, *Rieser Internationale Transporte*, *Farrell I* y *Domínguez*. No obstante, añadió que «el mero hecho de que una empresa privada concesionaria exclusiva de un servicio público forme parte de las entidades a las que se refiere expresamente el ámbito de aplicación subjetivo de la Directiva 93/38 no lleva aparejado que puedan invocarse contra esa empresa las disposiciones de dicha Directiva»⁴⁸ por lo que era necesario «que dicho servicio de interés público se preste bajo el control de una autoridad pública y que la citada empresa disponga de facultades exorbitantes en comparación con las normas aplicables en las relaciones entre particulares»⁴⁹. El Tribunal determinó que no había dudas de que el Estado había encomendado a *Portgás* –como concesionaria exclusiva– la prestación de un servicio de interés público, pero consideró que no tenía información suficiente para determinar si era un organismo bajo el control de una autoridad pública, y si disponía de facultades exorbitantes. En este supuesto, parece que el Tribunal optó por un criterio acumulativo, es decir, que la prestación de interés público, el requisito del control de una autoridad pública y disponer de facultades exorbitantes eran requisitos necesarios para poder categorizar a la empresa como emanación del Estado. Sin embargo, a continuación,

45. STJUE de 12 de septiembre de 2013, *Kuso*, asunto C-614/11, (ECLI:EU:C:2013:544), apartado 32.

46. Conclusiones del Abogado General N. Wahl presentadas el 26 de septiembre de 2013, *Carratù*, asunto C-361/12, (ECLI:EU:C:2013:620), punto 107.

47. STJUE de 12 de septiembre de 2013, *Carratù*, asunto C-361/12, (ECLI:EU:C:2013:830), apartados 29 y 30.

48. STJUE de 12 de diciembre de 2013, *Portgás*, asunto C-425/12, (ECLI:EU:C:2013:623), apartado 25.

49. *Ibidem*, apartado 26.

el Tribunal se planteó que si *Portgás* podía ser una entidad contra las que un particular podía invocar disposiciones de la Directiva en cuestión, se debía examinar si también las autoridades portuguesas podían invocar estas disposiciones contra *Portgás*. Para este supuesto, el Tribunal recuerda su jurisprudencia y cita textualmente los apartados 18 y 20 de *Foster*; a pesar de recordar inmediatamente después que el asunto en cuestión se situaba en un contexto diferente al de su jurisprudencia anterior⁵⁰.

En síntesis, de la jurisprudencia posterior al asunto *Foster*, se puede constatar que el TJUE no ha venido adoptando un enfoque restrictivo ni acumulativo de lo que constituye una emanación del Estado respecto al efecto directo vertical de las directivas. Además, no existe uniformidad en sus pronunciamientos, si bien en la mayoría de los asuntos alude al apartado 20 del asunto *Foster* en vez del apartado 18 de la misma sentencia. Sin embargo, creemos que con la alusión al apartado 20 el Tribunal no trataba de establecer unos criterios más estrictos y todos ellos necesarios para calificar un ente como una emanación del Estado, sino que intentaba facilitar, en los casos de remisión a los órganos jurisdiccionales nacionales, una guía lo más específica posible para que el análisis por el órgano jurisdiccional tuviese poco margen de maniobra. Lo que ocurre es que precisamente en los casos de remisión para la interpretación de si existe emanación del Estado es donde la interpretación amplia y confusa del *test Foster* podía generar mayores problemas. Al respecto, el reciente asunto *Farrell II* viene a arrojar luz sobre los interrogantes planteados ya que, tal como expondremos a continuación, el órgano nacional remitente le solicitó específicamente al TJUE que determinara el contenido y alcance de los criterios interpretativos del *test Foster*.

4. EL ASUNTO FARRELL II: UNA APORTACIÓN RELEVANTE EN LA CLARIFICACIÓN DEL CONCEPTO DE EMANACIÓN DEL ESTADO

Expuestos de forma resumida, los hechos consisten en que la Sra. Farrell, herida en un accidente de tráfico, solicitó una indemnización al Motor Insurers Bureau of Ireland (MIBI), un organismo con personalidad jurídica con arreglo al derecho irlandés, en concreto, una sociedad de responsabilidad limitada por garantía sin capital social. El citado organismo rechazó la solicitud de la Sra. Farrell, entendiéndolo que con arreglo al derecho irlandés no era obligatorio cubrir la responsabilidad de las lesiones que había sufrido, por lo que ésta decidió interponer una demanda ante sus tribunales nacionales. En el transcurso del litigio, la High Court (Tribunal Superior, Irlanda) planteó en un primer momento una petición de decisión prejudicial solicitando la interpretación de la Directiva 90/232/CEE del Consejo sobre el seguro de automóviles. En su fallo,

50. *Ibidem*, apartados 32-38. Sobre el asunto *Portgás* véase: ALBORS-LLORENS, A., «The direct effect of EU directives: Fresh controversy or a storm in a teacup?», *European Law Review*, vol. 39, n.º 6, 2014, pp. 851-853; SARMIENTO, D., «El efecto directo de las Directivas en litigios entre autoridades públicas de un mismo Estado: el asunto *Portgás* (C-425/12)», *Blog AEDEUR*, diciembre de 2013, <http://www.aedeur.es/index.php/blog/38-el-efecto-directo-de-las-directivas-en-litigios-entre-autoridades-publicas-de-un-mismo-estado-el-asunto-portgas-c-425-12> (consultado por última vez el 06/12/2017).

el entonces TJCE declaró que la citada directiva: «se opone a una normativa nacional en virtud de la cual el seguro obligatorio de responsabilidad civil de vehículos automóviles no cubre la responsabilidad por los daños corporales causados a las personas que viajan en una parte de un vehículo automóvil no diseñada ni fabricada con asientos para pasajeros»⁵¹. Sin embargo, «puesto que el órgano jurisdiccional nacional no ha proporcionado datos suficientes para poder decidir si éste puede ser asimilado a tal entidad»⁵², remitió al órgano jurisdiccional nacional la tarea de determinar si un particular podía invocar la directiva frente a un organismo como el MIBI por entender que pudiera considerarse como una emanación del Estado. Al persistir la dificultad para saber quién debía de financiar la indemnización abonada, el Tribunal Superior de Irlanda se dirigió de nuevo al TJ planteando las siguientes cuestiones prejudiciales:

- «1) ¿Debe interpretarse el criterio enunciado en el apartado 20 de la sentencia [Foster] para delimitar el concepto de emanación de un Estado miembro en el sentido de que los elementos integrantes de tal criterio han de aplicarse:
 - (a) de modo acumulativo, o
 - (b) de modo disyuntivo?
- 2) En la medida en que los distintos aspectos mencionados en la sentencia [Foster] puedan considerarse, subsidiariamente, factores que han de tenerse adecuadamente en cuenta para efectuar una valoración global, ¿existe algún principio fundamental que sustente los factores mencionados en dicha sentencia que deba ser aplicado por un órgano jurisdiccional para motivar la conclusión de que un determinado organismo es una emanación del Estado?
- 3) ¿Basta con que un Estado miembro haya encomendado un amplio conjunto de responsabilidades a un organismo, con la finalidad manifiesta de cumplir obligaciones derivadas del Derecho de la Unión, para que dicho organismo constituya una emanación del Estado miembro, o resulta necesario además que dicho organismo a) disponga de facultades exorbitantes o b) opere bajo la supervisión o el control directo del Estado miembro?»⁵³.

4.1. El test Foster: ¿Criterios disyuntivos o acumulativos?

En sus Conclusiones, la Abogada General llevó a cabo lo que ella misma denominó «una cuidadosa labor de arqueología con respecto al texto de la sentencia Foster»⁵⁴. Así, argumentó en primer lugar que el órgano jurisdiccional nacional, en su primera pregunta, partía de la base de un planteamiento erróneo, consistente en considerar que en la sentencia Foster el Tribunal pretendió identificar todos los elementos relevantes para determinar si un demandado concreto es o no una emanación del Estado en lo relativo al efecto directo vertical. En su opinión,

51. STJUE Farrell, citada, apartado 36.

52. *Ibidem*, apartado 41.

53. Petición de decisión prejudicial planteada por la Supreme Court (Irlanda) el 27 de julio de 2015, Elaine Farrell/ Alan Whitty, *The Minister for the Environment, Ireland and the Attorney General, Motor Insurers Bureau of Ireland (MIBI)*, asunto C-413/15.

54. Conclusiones Farrell II, citadas, punto 38.

«la sentencia Foster deja claro que éste no se dedicó a la (peligrosa) tarea de intentar prevenir todos los posibles supuestos en los que puede suscitarse la pregunta de si el demandante es una emanación del Estado. Más bien efectuó una labor de abstracción a partir de asuntos que ya había resuelto en la medida necesaria para ofrecer una respuesta al órgano jurisdiccional remitente en ese caso concreto»⁵⁵.

A continuación, la Abogado General procedió al análisis concreto de los apartados relevantes respecto al concepto de Estado en el asunto *Foster*. Respecto al apartado 18, consideró que la intención del Tribunal fue ofrecer una fórmula abstracta, extraída de la jurisprudencia anterior a *Foster*, de los tipos de demandados frente a los cuales un particular podría invocar una directiva. De ahí que, en el apartado siguiente, enumerara su jurisprudencia en materia y pusiera de relieve la naturaleza de los entes considerados como emanaciones del Estado hasta ese momento concreto. En cambio, en el apartado 20 de la sentencia, según la Abogado General, el Tribunal no intentó establecer una lista de criterios para considerar qué era una emanación del Estado, sino que el Tribunal pretendió ofrecer información adicional sobre el caso concreto, es decir sobre si el BGC cumplía con los requisitos para ser considerado como emanación de Estado⁵⁶. Tras su detallado análisis, la Abogado General afirma que:

«En mi opinión, en la sentencia Foster el Tribunal de Justicia no tenía la intención de intentar enumerar exhaustivamente y con carácter definitivo todos los elementos del

55. *Ibidem*, punto 37.

56. Lo justificó en base a los siguientes planteamientos. En primer lugar, la Abogado General considera que en el apartado 20, el tribunal se refiere a «un organismo (...) cualquiera que sea su forma jurídica» lo que supone que el Tribunal quiso incluir la naturaleza de otros entes discutidos en los asuntos *Marshall*, *Costanzo* o *Johnston*, cuya forma jurídica puede ser de carácter híbrido o incluso exclusivamente privada. En segundo lugar, porque cuando en el apartado 20 el tribunal se refiere a que al ente en cuestión «le ha sido encomendado un acto de autoridad pública, el cumplimiento de un servicio de interés público», se refiere claramente al ente en concreto ya que era la actividad principal de la BGC. En tercer lugar, porque el apartado 20 del asunto Foster entiende también que el ente «dispone de facultades exorbitantes» y en ese sentido como pone de relieve su propia jurisprudencia en la materia –y que menciona en el apartado 19– se desprende que para la consideración de emanación del Estado no tiene que cumplirse este requisito ya que no todos los organismos analizados disponían de esas facultades exorbitantes como era el caso de la autoridad sanitaria en el asunto *Marshall*. Además, lo anterior se justificaba en la conjunción disyuntiva del apartado 18 cuando se refería a que un ente, para su consideración, debe estar «sometido a la autoridad o al control del Estado o que dispongan de poderes exorbitantes». Por ello parece, que de nuevo, se refiere al caso concreto de la BGC ya que quedó probado que disponía de esas facultades exorbitantes. Finalmente, la Abogado General afirma que es determinante el hecho de que el apartado 20 contenga la expresión «figura en cualquier caso» en la medida que a su entender, despeja cualquier tipo de duda de que el Tribunal no estaba intentando establecer un criterio general, sino que se estaba ocupando del organismo en concreto, el de la BGC. De ahí que la Abogado General considere que el Tribunal en el apartado 20 no establece unos criterios in abstracto para la determinación de un ente como emanación del Estado, sino que el apartado 20 de la sentencia *Foster* son aclaraciones adicionales que «explican al órgano jurisdiccional nacional (en un lenguaje apenas codificado) que los hechos que el Tribunal de Justicia ha extraído de la resolución de remisión sobre la BGC bastan para considerarla una emanación del Estado», Conclusiones *Farrell II*, citadas, punto 49.

criterio de qué debe constituir una emanación del Estado en relación con el efecto directo vertical. Llevó a cabo una formulación abstracta a partir de la jurisprudencia existente (en el apartado 18) que posteriormente aplicó, con aclaraciones, a efectos de identificar un organismo que, en virtud de sus características, debía estar incluido en todo caso dentro de la categoría de emanaciones del Estado (en el apartado 20). Allí es donde termina la sentencia. Ni el desarrollo del criterio a partir de la jurisprudencia existente llevado a cabo en el apartado 18 ni la aplicación del mismo en el apartado 20 pretenden ser exhaustivos y tanto la lógica como el sentido común abogan en contra de que sean calificados en esos términos de forma retroactiva»⁵⁷.

Por ello, propuso al TJ responder que:

«el criterio establecido en la sentencia Foster para delimitar el concepto de emanación del Estado en relación con el efecto directo vertical de las directivas se halla en el apartado 18, y no en el apartado 20, de dicha sentencia. Ese criterio no debe interpretarse ni de modo acumulativo ni de modo disyuntivo. Más bien establece una lista no exhaustiva de los elementos que pueden resultar pertinentes para llevar a cabo dicha apreciación»⁵⁸.

En su Sentencia, el TJUE asume la postura planteada por la Abogada General, a cuyas Conclusiones se remite⁵⁹, y sin entrar en más pormenores afirma que:

«procede responder a la primera cuestión prejudicial que el artículo 288 TFUE debe interpretarse en el sentido de que no excluye, en sí mismo, la posibilidad de oponer a una entidad que no reúna todas las características enumeradas en el apartado 20 de la sentencia de 12 de julio de 1990, Foster y otras (C188/89, EU:C:1990:313), en relación con las que figuran en el apartado 18 de la misma sentencia, las disposiciones de una directiva que puedan tener efecto directo»⁶⁰.

En definitiva, el TJ consideró que el apartado 20 debía de interpretarse a la luz del apartado 18 de la misma sentencia, donde se reconoció que un particular podía invocar una directiva frente a organismos o entidades que estén sometidos a la autoridad o al control del Estado o dispongan de poderes exorbitantes en relación con los que se derivan de las normas aplicables en las relaciones entre particulares. Lo que aclara significativamente las condiciones aplicables para la consideración de un ente como emanación del Estado con respecto al denominado *test Foster*.

4.2. Sobre la existencia de un principio fundamental que sirva de guía al órgano jurisdiccional nacional

La segunda cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Superior de Irlanda se refería a si existe algún principio fundamental que el órgano jurisdiccional nacional pueda seguir para determinar si un ente concreto es o no una emanación de Estado en relación con el efecto directo de las directivas. Tras un análisis de la jurisprudencia posterior en materia al asunto *Foster* y constatar que el TJ no ha optado necesariamente por adoptar

57. *Ibidem*, punto 52.

58. *Ibidem*, punto 53.

59. *Ibidem*, puntos 50, 53 y 77.

60. STJUE *Farrell II*, citada, apartado 29.

un criterio restrictivo acumulativo, la Abogado General estimó «*que el principio subyacente determinante se desprende claramente de la jurisprudencia consolidada*»⁶¹ y consiste en que un particular puede oponer disposiciones precisas e incondicionales de una directiva al Estado, independientemente de cuál sea la condición en la que este último actúa, porque procede evitar que el Estado pueda obtener ventajas de su incumplimiento del derecho de la Unión⁶². Quizá consciente de la generalidad de esta afirmación, la Abogado General apostó por construir de forma ordenada una serie de criterios extraídos de la jurisprudencia para determinar si un demandado concreto es una emanación del Estado:

- «1) *La forma jurídica del organismo en cuestión carece de pertinencia.*
- 2) *No es necesario que el Estado esté en condiciones de dirigir o ejercer el control de las operaciones de dicho organismo de forma permanente.*
- 3) *Si el Estado posee o controla al organismo en cuestión, éste debe ser considerado una emanación del Estado, sin que sea preciso apreciar si se cumplen los restantes criterios.*
- 4) *Cualquier autoridad municipal, regional o local u organismo análogo debe ser considerado, automáticamente, una emanación del Estado.*
- 5) *No es necesario que el organismo en cuestión esté financiado por el Estado.*
- 6) *Si el Estado ha encomendado al organismo de que se trata la tarea de ejercer funciones especiales de interés público que, de no ser así, el propio Estado podría decidir desarrollar de forma directa y ha conferido a dicho organismo alguna facultad adicional para permitirle cumplir su función de forma eficaz, dicho organismo deberá ser considerado, en todo caso, una emanación del Estado»⁶³.*

Pese a la utilidad de la propuesta, que condensa y clarifica los criterios, el Tribunal no la asumió, por lo que no podemos contar con lo que podría haberse denominado el *test Farrell*. Bien es cierto que la enumeración propuesta por la Abogado General desborda claramente el enunciado de un principio para adentrarse en el desglose de unos elementos específicos que van más allá de lo solicitado por el órgano jurisdiccional nacional.

4.3. *Los elementos para determinar la emanación del Estado*

Finalmente, la tercera cuestión versaba sobre si para que un organismo constituya una emanación del Estado miembro era suficiente con que este le hubiese encomendado un amplio conjunto de responsabilidades o era necesario además que el organismo dispusiese de facultades exorbitantes o que operase bajo la supervisión o el control directo del Estado en cuestión. La Abogado General se detuvo en el concepto de «*facultades exorbitantes*» y consideró que ni en el asunto *Foster* ni en la jurisprudencia posterior se recoge una definición de ese concepto y que «*20 años después de la sentencia Foster, esa expresión tomada prestada de un ordenamiento jurídico nacional aún no ha adquirido un significado autónomo claro en el Derecho de la Unión*»⁶⁴, sin que «*exista un procedimiento*

61. Conclusiones *Farrell II*, citadas, punto 107.

62. *Ibidem*, punto 107.

63. *Ibidem*, punto 120.

64. *Ibidem*, punto 135.

sistemático para detectar e identificar la existencia de facultades exorbitantes en un asunto concreto»⁶⁵, por lo que su conclusión fue que «no es necesario y, por lo tanto, no está justificado, exigir que el organismo de que se trate disponga de “facultades exorbitantes” para constituir una emanación del Estado»⁶⁶.

Con la parquedad argumental que caracteriza a toda la Sentencia, el TJ señala que:

«Tales organismos o entidades se distinguen de los particulares y deben asimilarse al Estado, bien porque se trata de personas jurídicas de Derecho público que forman parte del Estado en sentido amplio, bien porque están sometidos a la autoridad o al control de una autoridad pública, bien porque esta autoridad les ha encomendado ejercer una misión de interés público y a tal fin se les ha dotado de las mencionadas facultades exorbitantes»⁶⁷.

Y añade que:

«las disposiciones de una directiva que tengan efecto directo pueden oponerse a un organismo o entidad, aunque sea de Derecho privado, al que un Estado miembro haya encomendado una misión de interés público y que a tal fin disponga de facultades exorbitantes en relación con las que se desprenden de las normas aplicables a las relaciones entre particulares»⁶⁸.

De esta forma, el Tribunal se aparta de la propuesta de la Abogado General sin razonar su posición, limitándose a reproducir las afirmaciones del asunto *Foster*. Tras aplicar estos anunciados al caso concreto, el Tribunal considera que el MIBI tiene encomendada una misión de interés público y se le han conferido facultades exorbitantes, por lo que declara que se puede invocar frente a él las disposiciones incondicionales y suficientemente precisas de una directiva⁶⁹. En este sentido, conviene recordar que tanto en el apartado 18 como en el 20 de la Sentencia *Foster* se hace referencia a las facultades exorbitantes y que la tercera cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Superior de Irlanda invitaba al Tribunal a pronunciarse específicamente sobre este elemento, que el TJ mantiene.

III. UNA BREVE REFLEXIÓN SOBRE EL EFECTO DIRECTO HORIZONTAL DE LAS DIRECTIVAS: ¿UN CAMBIO CONVENIENTE?

En el Epílogo a sus Conclusiones, la Abogado General instó al Tribunal a retomar y revisar de forma crítica los motivos invocados en la sentencia *Faccini Dori* para rechazar el efecto directo horizontal⁷⁰. Para E. Sharpston,

65. *Ibidem*, punto 136.

66. *Ibidem*, punto 138. No obstante, añadió las siguientes precisiones: debe tratarse de una persona jurídica, la función especial encomendada debe constituir la actividad principal del organismo en cuestión, dicho organismo debe desarrollar una actividad en aras del interés general y la función especial debe implicar algún elemento de servicio público, teniendo que estar claramente definida en el marco normativo o regulador (véanse los puntos 140-146).

67. STJUE *Farrell II*, citada, apartado 34.

68. *Ibidem*, apartado 35.

69. *Ibidem*, apartados 36-42.

70. Conclusiones *Farrell II*, citadas, punto 150.

«en la medida en que la forma jurídica ha sido irrelevante –y ello desde la propia sentencia Foster– a efectos de elucidar si el demandado es una emanación del Estado, el Tribunal de Justicia ya ha aceptado que un organismo sujeto a Derecho privado puede estar obligado a dotar de eficacia a derechos directamente aplicables contenidos en la directiva a instancias de otro particular. Con ello, en realidad el Tribunal de Justicia ya ha tolerado una cierta forma limitada de efecto directo horizontal»⁷¹.

Ciertamente, dado que han pasado casi treinta años de la sentencia Foster y la mutación y diversificación de las entidades ha variado notablemente, hay que preguntarse si esta interpretación cada vez más amplia del concepto de Estado tiene sentido o es más conveniente plantearse el reconocimiento del efecto horizontal de las directivas. En el asunto *Marshall*, el Tribunal se negó a reconocer el efecto directo horizontal de la directiva utilizando como fundamento el contenido del actual artículo 288 TFUE, afirmando que la posibilidad de invocar una directiva solo existía con respecto a «todo Estado miembro destinatario», por lo 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 puede ser invocada por las personas a quienes conciernen»⁷². Pues bien, esa interpretación restrictiva que entiende que el Estado es el único destinatario de la directiva parece basarse en un único contenido obligacional, consistente en la obligación formal del Estado de transponer la directiva⁷³. Este argumento se desprende con claridad de la sentencia *Marshall* cuando afirma que «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 pueden oponer a particulares el propio incumplimiento de las obligaciones que aquella comporta»⁷⁴.

Si nos ceñimos a la argumentación de *Marshall*, en base a la citada obligación de resultado sería inviable aceptar una interpretación amplia del concepto de Estado ya que la obligación de transposición incumbe al gobierno central y nunca a autoridades sanitarias, autoridades fiscales, a entes locales, a autoridades independientes encargadas de mantener el orden público, a empresas privadas encargadas de la distribución en régimen de monopolio en un Estado miembro, etc... es decir, a todos aquellos entes a los que el Tribunal, caso por caso, ha ido considerando como emanación del Estado. Ahora bien, si además atendemos a un doble contenido obligacional de las directivas⁷⁵ ello supondría que si bien es el Estado el único destinatario de la obligación formal de transponer una directiva en su derecho interno, además «la directiva contiene obligaciones

71. *Ibidem*, punto 149.

72. STJCE *Marshall*, citada, apartado 47.

73. Véase: CRAIG, P., «The Legal Effect of Directives: Policy, Rules and Exceptions», *European Law Review*, n.º 34, 2009, pp. 356-357.

74. *Ibidem*, apartado 47.

75. Según A. Mangas Martín, en una directiva hay que distinguir un doble contenido obligacional: «Por un lado, la obligación del Estado de transponer la directiva (primera obligación que compete siempre al Estado), y, por otro, las obligaciones que el texto mismo de la directiva pueda imponer al Estado, cuando se trate de obligaciones a cargo del Estado», MANGAS MARTÍN, A., «Los principios del Derecho de la Unión Europea en sus relaciones con los ordenamientos internos (I)», *op. cit.*, p. 420.

sustantivas, que desde luego también obligan al Estado miembro, pero igualmente pueden obligar a los particulares»⁷⁶.

Desde esta última dimensión, a priori, no parece existir fundamento jurídico para no reconocer un efecto directo horizontal de las directivas. Sin pretender ser exhaustivos, cabe recordar algunos argumentos esgrimidos para defender el no reconocimiento del efecto directo horizontal de las directivas⁷⁷ y los razonamientos que se pueden oponer a los mismos. En ambos casos, esa argumentación emana del propio TJUE, solo que en el primer caso se desprende de la posición del Tribunal en sus fallos y en el segundo, de la posición de algunos Abogados Generales⁷⁸. En primer lugar, se ha defendido que la directiva vincula solo a los Estados miembros respecto a sus resultados y que, de otro modo, se difuminaría la distinción entre el reglamento y la directiva. Sin embargo, la libertad de los Estados miembros respecto a la transposición tiene que ver con la elección de forma y medios para la ejecución del acto normativo, y no resulta afectada hasta que expire el plazo otorgado para su transposición. Por otra parte, la obligación de los Estados respecto a las directivas surge desde la entrada en vigor de estas. En ese sentido, y a diferencia del reglamento, los efectos de la directiva solo serían posibles respecto a disposiciones claras, precisas e incondicionales y solo después de que transcurriese el plazo de adaptación al derecho interno. Como puso de relieve el Abogado General en el asunto *Vaneetveld* :

«Los Reglamentos y las Directivas seguirán siendo instrumentos distintos, adaptados a situaciones diferentes y que alcanzan sus objetivos por medios distintos, incluso si se ad-

76. MILLÁN MORO, L., «El principio del Efecto Directo: evolución según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia», *op. cit.*, p. 536.

77. En el asunto *Faccini Dori*, el Abogado General C. Otto Lenz analiza los argumentos que operan en contra del reconocimiento del efecto directo horizontal de las directivas. Conclusiones *Faccini Dori*, citadas, puntos 57-73. Véase también: EMMERT F., PEREIRA DE AZEVEDO, M., «L'effet horizontal des directives. La jurisprudence de la CJCE: un bateau ivre?», *op. cit.*, pp. 518-524; TRIDIMAS, T., «Black, White, and Shades of Grey: Horizontality of Directives Revisited», *op. cit.*, p. 327-330; MASTROIANNI, R., «On the Distinction Between Vertical and Horizontal Effects of Community Directives: What a Role for the Principle of Equality?», *op. cit.*, p. 417-419; FERNÁNDEZ SALMERÓN, M., «La eficacia de la normativa comunitaria: una panorámica sobre el llamado efecto directo de las directivas», *Revista jurídica de la Región de Murcia*, n.º 27, 1999, pp. 66-72; BELLIDO BARRIONUEVO, M., *La Directiva Comunitaria*, *op. cit.*, pp. 212-217; PRECHAL, S., *Directives in EC Law*, *op. cit.*, pp. 255-258; BECKER, F., CAMPBELL, A., «The Direct Effect of European Directives: Towards the Final Act?», *The Columbia Journal of European Law*, vol. 13, n.º 2, 2007, pp. 401-426; DASHWOOD, A., «From Van Duyn to Mangold via Marshall: Reducing Direct Effect to Absurdity?», *op. cit.*, pp. 82-85. MILLÁN MORO, L., «El principio del Efecto Directo: evolución según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia», *Tratado de derecho y políticas de la Unión Europea*, *op. cit.*, pp. 534- 544.

78. En defensa del reconocimiento del efecto directo horizontal de las directivas, se han pronunciado principalmente: el Abogado General C. Otto Lenz en las Conclusiones *Faccini Dori*, citadas, puntos 43-73; el Abogado General W. Van Gerven en sus Conclusiones presentadas el 26 de enero de 1993, *Marshall*, C-271/91, (ECLI:EU:C:1993:30), punto 12; el Abogado General F. G. Jacobs, en sus Conclusiones presentadas el 27 de enero de 1994, *Vaneetveld*, C-316/93, (ECLI:EU:C:1994:32), puntos 19-35.

mite que, en determinadas circunstancias, una Directiva que no ha sido correctamente aplicada puede obligar a ciertas entidades privadas»⁷⁹.

En segundo lugar, otro de los argumentos esgrimidos para no reconocer el efecto directo de las directivas es la cláusula *estoppel*, fundamentada en el asunto *Ratti* cuando el Tribunal constató que «*el Estado miembro que no haya adoptado dentro de plazo, las medidas de ejecución que impone la Directiva, no puede oponer a los particulares su propio incumplimiento de las obligaciones que la Directiva implica*»⁸⁰. Sería posible plantearse que si un Estado incumplidor no puede invocar las obligaciones que emanan de una directiva contra los particulares, es difícilmente justificable que un particular pudiese invocarlas frente a otro particular, que no es destinatario formal de la directiva y en consecuencia, tampoco es responsable del incumplimiento del Estado en cuestión, pero en sentido contrario, se podría oponer que el reconocimiento del efecto directo horizontal de las directivas no tendría que implicar la aceptación del efecto directo vertical inverso⁸¹.

En tercer lugar, también se ha argumentado que el reconocimiento del efecto horizontal de las directivas implicaría atentar con los principios del Estado de Derecho, y en concreto, en contra del principio de confianza legítima, en la medida en que «*cabe preguntarse si a un particular cuyo comportamiento es correcto dentro del ordenamiento jurídico nacional pueden imponérsele cargas derivadas de una directiva a la que no se ha adaptado al Derecho interno y que no va dirigida a él, respecto de las cuales no puede además obtener ninguna indemnización por parte del Estado miembro incumplidor*»⁸². Ahora bien, también hay que recordar que en una relación vertical a un particular –aun actuando correctamente– puede imponérsele una carga derivada de una directiva no transpuesta por el Estado, de la que además, no es destinatario. En este sentido, en el asunto *Faccini Dori* el Abogado General manifestaba su preocupación sobre esta cuestión; sin embargo concluyó que:

«Las cargas que de ello se derivan impuestas a los particulares me parecen aceptables, puesto que no superan a las que hubieran debido soportar en caso de comportamiento conforme al Derecho comunitario del Estado miembro. En definitiva, el riesgo procesal lo soporta la parte que invoca la disposición incondicional y suficientemente precisa que figura en una Directiva»⁸³.

Otros argumentos de peso para este giro jurisprudencial que se propone pueden ser los relativos a la aplicación uniforme del derecho europeo –y en consecuencia evitar todas las discriminaciones no justificadas– y a las carencias en términos de efectividad en lo que respecta a la protección de los derechos de los particulares en las técnicas paliativas que ha elaborado el Tribunal para mitigar la ausencia de este efecto horizontal⁸⁴.

79. Conclusiones *Vaneetveld*, citadas, punto 25.

80. STJCE *Ratti*. citada, apartado 22.

81. Véase: MAILLO GONZÁLEZ-ORÚS, J., «La noción de Estado en relación al efecto directo vertical de las directivas: aplicación al caso español», *op. cit.*, p. 496; MILLÁN MORO, L., «La eficacia directa de las directivas: evolución reciente», *op. cit.*, p. 852.

82. Conclusiones *Faccini Dori*, citadas, punto 62.

83. *Ibidem*, punto 73.

84. Conclusiones *Farrell II*, citadas, punto 150.

IV. CONCLUSIONES

Desde su pronunciamiento en el asunto *Marshall*, el TJ ha optado por una interpretación muy amplia del concepto de Estado para atenuar los efectos adversos de los límites establecidos en su jurisprudencia en relación con la invocabilidad del efecto directo horizontal de las directivas. En ese sentido, en el asunto *Foster* reconoció que se podrá invocar una directiva frente a organismos o entidades que estén sometidos a la autoridad o al control del Estado o que dispongan de poderes exorbitantes en relación con los que se deriven de las normas aplicables en las relaciones entre particulares. La jurisprudencia posterior, partiendo de esta idea de base, ha ido reconociendo caso por caso qué entes de diversa naturaleza pueden ser considerados como una emanación de este. En esta última categoría se incluyen, por descontado, órganos de la Administración central del Estado, pero también otros de carácter público que tienen un carácter más descentralizado y que por ende no son los destinatarios de la directiva en términos estrictos; además, el alcance del concepto de emanación del Estado lleva a incluir entes de naturaleza privada que detentan facultades exorbitantes.

La aparente contradicción entre los apartados 18 y 20 de la Sentencia *Foster* llevó a esperar una aclaración en su jurisprudencia posterior, en la idea de que:

«Dada la transcendencia 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 la relación horizontal y vertical, y es el propio Tribunal el que debe limitar con más claridad sus respectivos ámbitos»⁸⁵.

En su Sentencia en el asunto *Farrell II*, el Tribunal la proporciona, de ahí que ya se haya valorado positivamente, entendiéndolo que:

«this is a welcome clarification and one that can potentially catalyse a higher level of effectiveness of secondary EU law. It comes to clearly establish three prongs for the test of whether an entity is an emanation of the State (...) which the entity will be if either (1) it is governed by public law, (2) it is subject to the authority or control of a public body, or (3) it performs a public interest task on the basis of special powers»⁸⁶.

85. MAILLO GONZÁLEZ-ORÚS, J., «La noción de Estado en relación al efecto directo vertical de las directivas: aplicación al caso español», *op. cit.*, p. 494.

86. SÁNCHEZ GRAELLS, A., «Daddy's gonna pay for your crashed car? The ECJ clarifies the vertical direct effect of Directives», *EU Law Analysis*, October 2017, <http://eulawanalysis.blogspot.com/2017/10/daddys-gonna-pay-for-your-crashed-car.html> (consultado por última vez el 06/12/2017). D. Sarmiento también valora muy positivamente este asunto cuando afirma que: «Farrell is a welcome development in the case-law. Many years have passed since Foster, but the case-law had been hinting on several occasions at the changing nature of the doctrine of emanations of the State and its impact on directives. In fact, the Irish Supreme Court made the reference in Farrell because it considered that the case-law of the Court had developed inconsistently. The judgment in Farrell confirms that the broad approach is the one to follow in the future», SARMIENTO, D., «Extending the scope of direct effect: old tools for new challenges», *Despite our Differences*, October, 2017, <https://despiteourdifferencesblog.wordpress.com/2017/10/23/extending-the-scope-of-direct-effect-old-tools-for-new-challenges/> (consultado por última vez el 06/12/2017).

La escasa argumentación proporcionada por el TJ nos ha privado de conocer en profundidad los motivos de su posición; sin embargo, las Conclusiones de la Abogada General proporcionan una detallada argumentación jurídica para intentar disipar cualquier carencia interpretativa heredada del asunto *Foster*. Solo el requisito relativo a que el organismo disponga de facultades exorbitantes, reiterado por el TJ sin más precisión, mantiene abiertas las incertidumbres en cuanto al contenido de este concepto.

Con todo, la importancia de este asunto también radica en que de nuevo se ha vuelto a lanzar el interrogante sobre la pertinencia del reconocimiento del posible efecto directo horizontal de las directivas, iniciado ya en los años 90 por varios Abogados Generales frente al remedio por el que ha optado el Tribunal del estiramiento del concepto de Estado, el cual –aun teniendo presente la autonomía del derecho de la Unión– ya goza de una amplitud que desborda con creces el contenido tradicional de este.

V. BIBLIOGRAFÍA

- ALBORS-LLORENS, A., «The direct effect of EU directives: Fresh controversy or a storm in a teacup?», *European Law Review*, vol. 39, n.º 6, 2014
- ARNULL, A., *The European Union and its Court of Justice*, Oxford, Oxford University Press, 2 ed., 2007
- BAQUERO CRUZ, J., SARMIENTO D., «Principios fundamentales del ordenamiento comunitario y administraciones nacionales», en *El informe del Consejo de Estado sobre la inserción del Derecho europeo en el ordenamiento español. Texto del informe, estudios y ponencias*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008
- BECKER, F., CAMPBELL, A., «The Direct Effect of European Directives: Towards the Final Act?», *The Columbia Journal of European Law*, vol. 13, n.º 2, 2007
- BELLIDO BARRIONUEVO, M., *La Directiva Comunitaria*, Madrid, Dykinson, 2003
- BOBEK, M., «The Effects of EU Law in the National Legal Systems», in BARNARD, C., PEERS, S., (Eds.), *European Union Law*, Oxford, Oxford University Press, 2014
- BOGUSZ, B., BERRY, E., HOMEWOOD, M. J., *Complete EU Law: Text, Cases, and Materials*, Oxford, Oxford University Press, 2 ed., 2015
- CRAIG, P., «The legal effect of Directives: policy, rules and exceptions», *European Law Review*, vol. 34, n.º 3, 2009
- CRAIG, P., DE BÚRCA, G., *EU Law. Text, cases and materials*, Oxford, Oxford University Press, 6 ed., 2015
- CURTIN D., «The Province of Government: Delimiting the Direct Effect of Directives in the Common Law Context», *European Law Review*, vol. 15, n.º 3, 1990
- DASHWOOD, A., «From Van Duyn to Mangold via Marshall: Reducing Direct Effect to Absurdity?», *The Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, vol. 9, 2006-2007

- DE WITTE, B., «Direct Effect, Supremacy and the Nature of the Legal Order», in CRAIG, P., DE BÚRCA, G. (Eds.), *The Evolution of EU Law*, Oxford University Press, 1999
- DÍEZ-HOCHLEITNER, J. «A vueltas con las Directivas: el XVIII Congreso de la F.I.D.E.», *Gaceta Jurídica de la C.E.*, n.º 132, 1998
- DONNELLY, C., «Ireland and the European Union-2008», *The Irish Yearbook of International Law*, vol. 3, 2008
- DOUGAN, M., «When worlds collide! Competing visions of the relationship between direct effect and supremacy», *Common Market Law Review*, vol. 44, n.º 4, 2007
- DOUGAN, M., «The “Disguised” Vertical Direct Effect of Directives?», *The Cambridge Law Journal*, vol. 59, n.º 3, 2000
- EMMERT F., PEREIRA DE AZEVEDO, M., «L’effet horizontal des directives. La jurisprudence de la CJCE: un bateau ivre?», *Revue trimestrielle de droit européen*, n.º 3, 1993
- FERNÁNDEZ SALMERÓN, M., «La eficacia de la normativa comunitaria: una panorámica sobre el llamado efecto directo de las directivas», *Revista jurídica de la Región de Murcia*, n.º 27, 1999
- HARTLEY, T., *The Foundations of European Union Law*, Oxford, Oxford University Press, 7 ed., 2010
- HECQUARD-THERON, M., «La notion d’Etat en droit communautaire», *Revue trimestrielle de droit européen*, n.º 4, 1990
- HORSPOOL, M., HUMPHREYS, M., *European Union Law*, Oxford, Oxford University Press, 7 ed., 2012
- LENAERTS, K., VAN NUFFEL, P., *European Union Law*, London, Sweet & Maxwell, 3 ed., 2011
- LENZ, D., TYNES, S., YOUNG, L., «Horizontal what? Back to basic», *European Law Review*, vol. 25, n.º 5, 2000
- MAILLO GONZÁLEZ-ORÚS, J., «La noción de Estado en relación al efecto directo vertical de las directivas: aplicación al caso español», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 6, 1999
- MANGAS MARTÍN, A., «Los principios del Derecho de la Unión Europea en sus relaciones con los ordenamientos internos (I)», en MANGAS MARTÍN, A., LIÑÁN NOGUERAS, D., *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Madrid, Tecnos, 9 ed., 2016
- MANIN, P., «L’invocabilité des directives: quelques interrogations», *Revue trimestrielle de droit européen*, vol. 26, n.º 4, 1990
- MASTROIANNI, R., «On the Distinction Between Vertical and Horizontal Effects of Community Directives: What a Role for the Principle of Equality?», *European Public Law*, vol. 5, n.º 3, 1999

- MILLÁN MORO, L., «El principio del Efecto Directo: evolución según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia», *Tratado de derecho y políticas de la Unión Europea*, vol. 4, Madrid, Thompson Reuters-Aranzadi, 2011
- MILLÁN MORO, L., «La eficacia directa de las directivas: evolución reciente», *Revista de Instituciones Europeas*, vol. 18, n.º 3, 1991
- PESCATORE, P., «The Doctrine of “Direct Effect”: An Infant Disease of Community Law», *European Law Review*, n.º 8, 1983
- PRECHAL, S., *Directives in EC Law*, Oxford University Press, 2 ed., 2005
- RODIN, S., «Les effets horizontaux du droit de l’Union Européenne», *La Cour de justice de l’Union européenne sous la présidence de Vassilios Skouris (2003-2015)*, Bruxelles, Bruylant, 2015
- RONCHETTI, L., «Obiettivo applicazione uniforme: contraddizioni e discriminazioni nella giurisprudenza comunitaria sulle direttive non trasposte», *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, n.º 2, 1998
- SÁNCHEZ GRAELLS, A., «Daddy’s gonna pay for you crashed car? The ECJ clarifies the vertical direct effect of Directives», *EU Law Analysis*, October 2017, <http://eu-lawanalysis.blogspot.com.es/2017/10/daddys-gonna-pay-for-your-crashed-car.html>
- SARMIENTO, D., «Extending the scope of direct effect: old tools for new challenges», *Despite our Differences*, October, 2017, <https://despiteourdifferencesblog.wordpress.com/2017/10/23/extending-the-scope-of-direct-effect-old-tools-for-new-challenges/>
- SARMIENTO, D., «El efecto directo de las Directivas en litigios entre autoridades públicas de un mismo Estado: el asunto Portgás (C-425/12)», *Blog AEDEUR*, diciembre de 2013, <http://www.aedeur.es/index.php/blog/38-el-efecto-directo-de-las-directivas-en-litigios-entre-autoridades-publicas-de-un-mismo-estado-el-asunto-portgas-c-425-12>
- SCHÜTZE, R., *European Union Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015
- SZYSZCZAK, E., «Case C-188/89, *Foster and Others v. British Gas plc*, Preliminary reference under Article 177 EEC by the House of Lords, Decision of the European Court of Justice of 12 July 1990», *Common Market Law Review*, vol. 27, n.º 4, 1990
- TRIDIMAS, T., «Black, White, and Shades of Grey: Horizontality of Directives Revisited», *Yearbook of European Law*, vol. 21, n.º 1, 2001
- TRIDIMAS, T., «Horizontal effect of directives: a missed opportunity», *European Law Review*, vol. 19, n.º 6, 1994