



## Recopilación de la Jurisprudencia

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL  
SR. NILS WAHL  
presentadas el 18 de septiembre de 2013<sup>1</sup>

**Asunto C-425/12**

**Portgás – Sociedade de Produção e Distribuição de Gás, S.A.  
contra**

**Ministério da Agricultura, do Mar, do Ambiente e do Ordenamento do Território [Petición de  
decisión prejudicial**

planteada por el Tribunal Administrativo e Fiscal do Porto (Portugal)]

«Procedimientos de adjudicación de contratos públicos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones — Directiva 93/38/CEE — Falta de transposición en el Derecho interno — Posibilidad de que una autoridad estatal invoque diversas disposiciones de la Directiva 93/38 contra un organismo concesionario de un servicio público que tiene la condición de entidad contratante»

1. Ahora que el Tribunal de Justicia acaba de celebrar el quincuagésimo aniversario de la célebre sentencia van Gend & Loos,<sup>2</sup> el debate sobre las consecuencias del reconocimiento del efecto directo del Derecho de la Unión está lejos de cerrarse. Así ocurre, en particular, con el alcance del efecto directo de las Directivas. Así lo acredita el presente asunto, que ofrece al Tribunal de Justicia una nueva ocasión para recordar los requisitos para poder invocar una Directiva no transpuesta en el Derecho interno.

2. Más específicamente, el presente asunto suscita la cuestión de si (y, en caso de respuesta afirmativa, bajo qué condiciones) el Estado puede invocar contra una entidad concesionaria de un servicio público, que también actúa en calidad de entidad contratante, ciertas disposiciones de la Directiva 93/38/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones,<sup>3</sup> en su versión modificada por la Directiva 98/4/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 1998,<sup>4</sup> a falta de transposición de dicho acto en el Derecho nacional dentro del plazo fijado al efecto.

1 — Lengua original: francés.

2 — Sentencia de 5 de febrero de 1963 (26/62, Rec. p. 1).

3 — DO L 199, p. 84.

4 — DO L 101, p. 1.

## I. Marco jurídico

### A. Derecho de la Unión

3. A tenor del artículo 2, apartado 1, de la Directiva 93/98:

«La presente Directiva se aplicará a las entidades contratantes que:

- a) sean poderes públicos o empresas públicas y realicen algunas de las actividades contempladas en el apartado 2;
- b) sin ser poderes públicos ni empresas públicas, ejerzan, entre sus actividades, alguna de las contempladas en el apartado 2 o varias de estas actividades y gocen de derechos especiales o exclusivos concedidos por una autoridad competente de un Estado miembro.»

4. Entre las actividades contempladas en el artículo 2, apartado 2, de la Directiva 93/38 se incluye la puesta a disposición o la explotación de redes fijas que presten un servicio público en relación con la producción, transporte o distribución de gas.

5. El artículo 4, apartados 1 y 2, de dicha Directiva dispone lo siguiente:

«1. Para adjudicar sus contratos de suministros, de obras y de servicios, o para organizar sus concursos de proyectos, las entidades contratantes aplicarán los procedimientos que se adapten a las disposiciones de la presente Directiva.

2. Las entidades contratantes velarán por que los suministradores, los contratistas o los proveedores de servicios no sean objeto de discriminación.»

6. Con arreglo al artículo 14, apartado 1, letras c) e i), de dicha Directiva, esta se aplicará a los contratos adjudicados por las entidades contratantes que ejerzan actividades en el ámbito del transporte o distribución de gas, si el importe estimado, excluido el impuesto sobre el valor añadido (en lo sucesivo, «IVA») de dichos contratos es igual o superior a 400.000 euros.

7. En virtud del artículo 45, apartado 2, de la Directiva 93/38, la República portuguesa debía adoptar las medidas necesarias para dar cumplimiento a lo dispuesto en dicha Directiva antes del 1 de enero de 1998. Respecto a las modificaciones introducidas en ella por la Directiva 98/4, con arreglo al artículo 2, apartado 2, éstas debían transponerse en el ordenamiento jurídico portugués antes del 16 de febrero de 2000.

### B. Derecho portugués

8. El Decreto-ley n° 223/2001, de 9 de agosto de 2001,<sup>5</sup> transpuso la Directiva 93/38 en el ordenamiento jurídico portugués. De conformidad con su artículo 53, apartado 1, el Decreto-ley n° 223/2001 entró en vigor a los 120 días de su publicación.

5 — *Diário da República I*, serie A, n° 184, de 9 de agosto de 2001, p. 5002.

## II. Litigio principal, cuestión prejudicial y procedimiento ante el Tribunal de Justicia

9. Portgás – Sociedade de Produção e Distribuição de Gás, S.A. (en lo sucesivo, «Portgás») es una sociedad anónima de Derecho portugués que opera en el sector de la producción y distribución de gas natural.<sup>6</sup>

10. El 7 de julio de 2001 Portgás celebró un contrato de suministro de contadores de gas con la sociedad Soporgás – Sociedade Portuguesa de Gás L.<sup>da</sup> (en lo sucesivo, «Soporgás»). El importe de dicho contrato era de 437 053,20 euros, excluido el IVA (es decir, 532 736,92 euros, IVA incluido).

11. El 21 de diciembre de 2001 Portgás presentó una solicitud de cofinanciación comunitaria en el marco del Fondo Europeo de Desarrollo Regional, que fue aprobada. El 11 de octubre de 2002 se firmó el contrato de adjudicación de ayuda financiera para la cobertura de los gastos subvencionables del proyecto POR/3.2/007/DREN, del cual formaba parte la adquisición de los contadores de gas.

12. El 29 de octubre de 2009, a raíz de una auditoría del proyecto practicada por la Inspección General de Hacienda, el Gestor del Programa Operacional Norte (Programa Operativo Norte) ordenó la devolución de la ayuda financiera concedida a Portgás en el marco del proyecto POR/3.2/007/DREN, alegando que dicha sociedad había incumplido las normas del Derecho de la Unión aplicables a la adjudicación de contratos públicos, por lo que la totalidad del gasto objeto de cofinanciación pública debía considerarse excluida de la subvención.

13. Portgás interpuso un recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Administrativo e Fiscal do Porto, con el objeto de que se declarase nula o se anulase la citada decisión, al entender que el Estado portugués no podía exigirle, al tratarse de una empresa privada, que cumpliera las disposiciones de la Directiva 93/38. Dado que en el momento en que se produjeron los hechos objeto del litigio dicha Directiva no había sido aún transpuesta en el ordenamiento jurídico portugués, sus disposiciones no podían tener efecto directo alguno en relación con la demandante.

14. Por su parte, el ministério da Agricultura, do Mar, do Ambiente e do Ordenamento do Território (Ministerio de Agricultura, Mar, Medio Ambiente y Ordenamiento del Territorio; en lo sucesivo, «Ministerio»), parte demandada en el litigio principal, alegó ante el órgano jurisdiccional remitente que la Directiva 93/38 no sólo tiene por destinatarios a los Estados miembros, sino también a las entidades contratantes, en el sentido de dicha Directiva. Según dicho Ministerio, Portgás estaba sujeta a las obligaciones impuestas por la Directiva en su condición de concesionaria de un servicio público que goza de un régimen exclusivo en su área de concesión.

15. Al albergar dudas respecto a la interpretación de las disposiciones del Derecho de la Unión invocadas en el litigio principal, el Tribunal Administrativo e Fiscal do Porto resolvió, el 26 de junio de 2012, suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia la siguiente cuestión prejudicial:

«¿Pueden interpretarse los artículos 4, apartado 1, y 14, apartado 1, letras c) e i), de la Directiva 93/38 [...], en su versión modificada por la Directiva 98/4 [...], así como las demás disposiciones de las mencionadas Directivas o principios generales de Derecho comunitario aplicables, en el sentido de que crean obligaciones para los concesionarios particulares de servicios públicos [en especial, una entidad contemplada por el artículo 2, apartado 1, letra b), de la citada Directiva 93/38], mientras dicha Directiva no haya sido transpuesta en el Derecho interno por el Estado portugués, y de que el incumplimiento de esas obligaciones puede ser invocado contra dicha entidad concesionaria particular por el mismo Estado portugués, mediante un acto atribuible a alguno de sus Ministerios?»

6 — Con arreglo a la información aportada por la demandante en el procedimiento principal, desde su constitución la mayor parte de sus acciones son propiedad de accionistas privados.

16. La demandante en el litigio principal, el Gobierno portugués y la Comisión Europea han presentado observaciones escritas ante el Tribunal de Justicia.

17. Se formularon a las partes preguntas por escrito y se solicitó a las partes que concentrasen sus informes orales. La vista oral se celebró el 4 de julio de 2013.

### III. Análisis

18. Procede recordar que la presente petición de decisión prejudicial se ha suscitado en el marco de un litigio entre Portgás y el Ministerio, relativo a una decisión por la que se ordenaba la recuperación de la ayuda financiera concedida a dicha sociedad en el marco del Fondo Europeo de Desarrollo Regional, dado que Portgás no había respetado ciertas normas del Derecho de la Unión en materia de contratación pública al adquirir contadores de gas de otra sociedad.

19. Portgás discute dicha decisión y subraya que, en su condición de empresa privada, no podía verse afectada por un eventual efecto directo vertical de las disposiciones de la Directiva 93/38, que no había sido todavía transpuesta en el Derecho interno en el momento en que se produjeron los hechos objeto del litigio. Por su parte, el Ministerio entiende que la Directiva 93/38 tiene por destinatarios no sólo a los Estados miembros, sino también a todas las entidades contratantes, en el sentido del artículo 2, apartado 1, letra b) de dicha Directiva, por lo que, según sostiene, crea obligaciones para todas las entidades contempladas en dicha disposición, en particular las que gocen de derechos exclusivos concedidos por un Estado miembro. Se trata, precisamente, del caso de la sociedad demandante, en cuanto concesionaria de un servicio público.

20. El Tribunal de Justicia se enfrenta, en esencia, a la cuestión de si (y en caso de respuesta afirmativa, bajo qué condiciones) se pueden invocar las disposiciones de la Directiva 93/38 contra una entidad concesionaria de un servicio público que sea también entidad contratante, si esta Directiva no ha sido transpuesta aún al Derecho interno.

21. Si bien la cuestión de la posibilidad de invocar una directiva contra una entidad concesionaria de un servicio público no es ni mucho menos inédita, como atestigua una jurisprudencia consolidada, el presente asunto reviste cierta particularidad, dado que es una autoridad estatal la que reivindica la posibilidad de invocar la directiva.

22. En primer lugar, entiendo que no se discute aquí si las disposiciones de la Directiva cuya aplicación se requiere, a saber, los artículos 4, apartado 1, y 14, apartado 1, letras c) e i), de la Directiva 93/38, cumplen los requisitos «técnicos» de precisión, claridad y de no estar sujetos a condición alguna para poder ser invocadas contra el Estado.<sup>7</sup>

23. Además, me parece que es indudable que las disposiciones citadas cumplen los criterios exigidos. En efecto, al tratarse de contratos de suministro y de servicios cuyo importe estimado, excluido el IVA, es igual o superior a 400.000 euros, dichas disposiciones imponen a las entidades contratantes que desarrollan su actividad en los sectores del transporte o la distribución de gas una obligación precisa y no sujeta a condición alguna, en el sentido de que la adjudicación de dichos contratos debe hacerse de conformidad con las disposiciones y procedimientos establecidos en la Directiva 93/38 y

<sup>7</sup> — Según reiterada jurisprudencia, siempre que las disposiciones de una directiva, desde el punto de vista de su contenido, no estén sujetas a condición alguna y sean suficientemente precisas, los particulares están legitimados para invocarlas ante los órganos jurisdiccionales nacionales contra el Estado, bien cuando éste no haya adaptado el Derecho nacional a la directiva dentro de los plazos señalados, bien cuando haya hecho una adaptación incorrecta [véanse, en particular, las sentencias de 19 de enero de 1982, Becker (8/81, Rec. p. 53), apartado 25, y de 24 de enero de 2012, Domínguez (C-282/10), apartado 33 y jurisprudencia citada].

debe llevarse a cabo sin discriminación entre suministradores, empresarios o proveedores de servicios. No resulta necesaria medida particular alguna de aplicación para garantizar el respeto de dichos requisitos. A mi entender, la jurisprudencia en materia de contratos públicos ofrece un sólido apoyo a esta apreciación.<sup>8</sup>

24. Por el contrario, lo que se discute es si cabe oponer a Portgás dichas disposiciones en cuanto concesionaria de un servicio público que tiene la condición de entidad contratante en el sentido del artículo 2, apartado 1, de la Directiva 93/38. También se plantea la cuestión de si, con independencia de la posibilidad de considerar a Portgás como una prolongación del Estado en el sentido de la jurisprudencia, una autoridad estatal puede reivindicar la aplicación de ciertas disposiciones de esta Directiva.

25. Por consiguiente, considero que para responder a la cuestión planteada, procede en primer lugar determinar si se pueden oponer a Portgás, en su condición exclusivamente de concesionaria de un servicio público, las disposiciones de la Directiva 93/38 y, en caso de respuesta afirmativa, preguntarse si las autoridades administrativas de un Estado miembro pueden reivindicar la aplicación a la misma de las disposiciones de dicha Directiva, que, en el momento en que se produjeron los hechos objeto del litigio, aún no habían sido transpuestas en el ordenamiento jurídico.

26. En otras palabras, una vez resuelta la cuestión de *respecto a quién* se puede invocar la aplicación de disposiciones de la Directiva no transpuesta o incorrectamente transpuesta, se deberá determinar *quién* puede invocar dichas disposiciones y, en su caso, *en qué concepto*.

*A. Sobre la posibilidad de invocar las disposiciones de la Directiva 93/38 contra Portgás en su condición exclusivamente de concesionaria de un servicio público y de entidad contratante en el sentido del artículo 2 de dicha Directiva*

27. En el caso de autos se confrontan dos concepciones.

28. Por un lado, la demandante en el litigio principal aduce, en esencia, que, dado que la Directiva 93/38 no había sido transpuesta aún en el Derecho interno en la fecha de celebración del contrato de suministro controvertido, las autoridades portuguesas no pueden invocar contra ella sus disposiciones. Recuerda que, según reiterada jurisprudencia, las directivas no transpuestas no pueden crear obligaciones para los particulares. Pues bien, sin perjuicio de que Portgás sea concesionaria de un servicio público, tiene precisamente la calidad de particular. En este sentido subraya que carece de prerrogativas exorbitantes de Derecho común.

29. Por otro lado, el Gobierno portugués y la Comisión sostienen, en esencia, que Portgás, en su condición de concesionaria exclusiva de un servicio público y de entidad contratante en el sentido del artículo 2, apartado 1, letra b) de la Directiva 93/38, debía cumplir las disposiciones de dicha Directiva, con independencia de que en la fecha de la celebración del contrato de suministro controvertido el citado acto no se hubiese transpuesto aún al Derecho interno.

30. Me parece importante recordar que el reconocimiento del efecto directo de las directivas se basa, en definitiva, en dos objetivos complementarios: la necesidad de garantizar de modo eficaz los derechos que pueden corresponder a los particulares con arreglo a tales actos y el deseo de sancionar a las autoridades nacionales que no han respetado el efecto obligatorio y de garantizar su aplicación efectiva.<sup>9</sup>

8 — Véanse, en particular, las sentencias de 20 de septiembre de 1988, Beentjes (31/87, Rec. p. 4635), apartados 40 a 44; de 22 de junio de 1989, Costanzo (103/88, Rec. p. 1839), apartados 29 a 31; de 24 de septiembre de 1998, Tögel (C-76/97, Rec. p. I-5357), apartados 42 a 47; de 4 de marzo de 1999, HI (C-258/97, Rec. p. I-1405), apartados 34 a 39; de 16 de septiembre de 1999, Fracasso y Leitschutz (C-27/98, Rec. p. I-5697), apartados 36 y 37, y de 18 de octubre de 2001, SIAC Construction (C-19/00, Rec. p. I-7725), apartados 35 a 45.

9 — Véase, en particular, la sentencia de 26 de febrero de 1986, Marshall (152/84, Rec. p. 723), apartado 47.

31. Contemplado desde este ángulo, como ha recordado reiteradamente el Tribunal de Justicia, el carácter vinculante de una directiva, fundamento de la posibilidad de invocarla ante un órgano jurisdiccional, sólo existe respecto a «todo Estado miembro destinatario». De ello resulta que una directiva no puede crear, por sí sola, obligaciones a cargo de un particular y que una disposición de una directiva no puede invocarse como tal contra dicho particular.<sup>10</sup> Una autoridad nacional no puede ampararse, frente a un particular, en una disposición de una directiva respecto a la cual aún no se ha producido la necesaria adaptación del Derecho nacional.<sup>11</sup>

32. En otras palabras, y sin perjuicio de las dudas que se hayan podido suscitar legítimamente en este sentido,<sup>12</sup> el efecto directo de las directivas sólo puede ser de naturaleza «vertical» y «ascendente», en el sentido de que sólo puede entrar en juego con ocasión de una acción ejercida por un particular contra una autoridad estatal. El corolario de esta norma es que la obligación del juez nacional de interpretar las normas del Derecho nacional de conformidad con las disposiciones de una directiva es limitada cuando tal interpretación conduce a que se oponga frente a un particular una obligación prevista por una directiva no transpuesta.<sup>13</sup>

33. Ahora bien, dicha limitación se ve contrarrestada por el hecho de que las entidades frente a las que se pueden oponer las disposiciones incondicionales y suficientemente precisas de una directiva europea revisten múltiples formas e intervienen en distintas calidades. En efecto, existe consenso respecto a que el concepto de «Estado miembro» contra el que se pueden invocar las disposiciones de una directiva se concibe de modo a la vez funcional y extensivo.

34. Dicho concepto cubre, en primer lugar, todos los órganos de la Administración Pública, incluso los no integrados en la Administración Central.<sup>14</sup> Además, cuando los justiciables pueden invocar una directiva contra el Estado, lo pueden hacer cualquiera que sea la calidad en que este 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 de la Unión.<sup>15</sup>

35. Este concepto hace referencia, con carácter más general, al conjunto de las personas jurídicas de Derecho pública o privado con vínculos particulares con el Estado, a saber, conforme a la fórmula establecida por la sentencia Foster y otros<sup>16</sup> y recordada después en diversas ocasiones,<sup>17</sup> los organismos y empresas a los que, cualquiera que sea su forma jurídica, les haya 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 disponen, a tal efecto, de facultades exorbitantes en comparación con las normas aplicables en las relaciones entre particulares.

36. El Tribunal de Justicia ha declarado que se pueden invocar contra una persona jurídica de Derecho privado las disposiciones de una directiva que puedan tener efecto directo cuando el Estado le ha encargado una tarea particular y la controla directa o indirectamente.<sup>18</sup>

10 — Sentencias Marshall, antes citada, apartado 48; de 8 de octubre de 1987, Kolpinghuis Nijmegen (80/86, Rec. p. 3969), apartado 9, y de 26 de septiembre de 1996, Arcaro (C-168/95, Rec. p. I-4705), apartado 36.

11 — Véase, en particular, la sentencia Kolpinghuis Nijmegen, antes citada, apartado 10.

12 — Es imposible recoger aquí los numerosos comentarios de jurisprudencia y las contribuciones de la doctrina dedicados a las condiciones para poder invocar directivas, en particular en los litigios horizontales. En este sentido, me limitaré a remitir a las citas que el Abogado General Sr. Cruz Villalón incluyó en el apartado 75 (nota 32) de sus recientes conclusiones presentadas en el asunto Association de médiation sociale (C-176/12), pendiente ante el Tribunal de Justicia.

13 — Véase, en particular, la sentencia Arcaro, antes citada, apartado 42.

14 — Véase, en particular, la sentencia Costanzo, antes citada, apartado 32.

15 — Véase, en particular, la sentencia Marshall, antes citada, apartado 49.

16 — Sentencia de 12 de julio de 1990 (C-188/89, Rec. p. I-3313), apartado 20.

17 — Sentencias de 14 de septiembre de 2000, Collino y Chiappero (C-343/98, Rec. p. I-6659), apartado 23; de 5 de febrero de 2004, Rieser Internationale Transporte (C-157/02, Rec. p. I-1477), apartado 24; de 19 de abril de 2007, Farrell (C-356/05, Rec. p. I-3067), apartado 40, y Domínguez, antes citada, apartado 39.

18 — Véase la sentencia Rieser Internationale Transporte, antes citada, apartado 29.

37. Por el contrario, no me parece que se desprenda de la jurisprudencia que el mero hecho de que una entidad intervenga en calidad de autoridad contratante, en el sentido de la normativa europea, implique que se deba considerar como parte del Estado.

38. Si, con arreglo a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, las disposiciones de una directiva pueden tener un efecto directo respecto a un organismo encargado de prestar, bajo el control del Estado, un servicio de interés público, también será necesario que dicha entidad disponga de facultades exorbitantes en comparación con las normas aplicables en las relaciones entre particulares.

39. Ahora bien, aunque, como ha señalado la Comisión, a tenor del artículo 2, apartado 1, letra b) de la Directiva 93/38, sólo se considerarán entidades contratantes las entidades privadas «que gocen de derechos especiales o exclusivos concedidos por una autoridad competente de un Estado miembro», ello no implica necesariamente que dichas entidades gocen de «facultades exorbitantes» en el sentido de la jurisprudencia Foster y otros, antes citada, con las precisiones que aportan, en particular, las sentencias antes citadas Collino y Chiappero<sup>19</sup> y Rieser Internationale Transporte.<sup>20</sup>

40. Por lo demás, no estoy convencido de que deba extenderse la posibilidad de invocar las directivas en virtud del efecto directo frente a tales entidades.

41. En primer lugar, procede subrayar, con carácter general, que el hecho de que una entidad esté comprendida en el ámbito de aplicación subjetivo de una directiva no constituye un elemento determinante para que se le puedan oponer las disposiciones de dicha directiva que aún no han sido transpuestas,<sup>21</sup> dado que lo que importa es que, en virtud de artículo 288 TFUE, párrafo tercero, sólo los Estados son destinatarios de la misma. Por consiguiente, aunque Portgás forme parte de las entidades contempladas expresamente en el ámbito de aplicación de la Directiva controvertida en su condición de sociedad concesionaria de un servicio público encomendado por el Estado con carácter exclusivo, es difícil sostener que debía cumplir las disposiciones de la Directiva 93/38 antes de la entrada en vigor del acto legislativo de transposición.

42. Por otro lado, y a pesar de los puntos de conexión que se puedan indicar legítimamente, el concepto de «entidad contratante» no tiene el mismo alcance que el concepto de «Estado» en el sentido funcional del término, frente al cual los particulares pueden invocar el efecto directo de una directiva.<sup>22</sup>

19 — Véase la sentencia Collino y Chiappero, antes citada, apartado 23.

20 — Véanse los apartados 25 a 27 de la sentencia. Para concluir que se podían oponer a Asfinag las disposiciones directamente aplicables de una directiva, el Tribunal de Justicia declaró que dicho organismo, aparte de haberle 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, disponía de derechos especiales exorbitantes.

21 — Véanse, en particular, las sentencias de 14 de julio de 1994, Faccini Dori (C-91/92, Rec. p. I-3325), en lo relativo a la Directiva 85/577/CEE del Consejo, de 20 de diciembre de 1985, referente a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales (DO L 372, p. 31), y de 12 de diciembre de 1996, X (C-74/95 y C-129/95, Rec. p. I-6609), en lo relativo a las personas comprendidas en el ámbito de aplicación de la Directiva 90/270/CEE del Consejo, de 29 de mayo de 1990, referente a las disposiciones mínimas de seguridad y de salud relativas al trabajo con equipos que incluyen pantallas de visualización (Quinta Directiva específica con arreglo al apartado 1 del artículo 16 de la Directiva 89/391/CEE) (DO L 156, p. 14).

22 — Como señaló el Abogado General Alber en sus conclusiones presentadas en el asunto que dio lugar a la sentencia Rieser Internationale Transporte, antes citada, punto 35, «es cierto que el término de entidad adjudicadora no tiene por qué tener el mismo significado que el concepto de Estado en un sentido funcional, frente al cual los particulares pueden invocar el efecto directo de una Directiva».

43. Asimismo, el hecho de que se haya encomendado a una empresa privada, en su condición de concesionaria exclusiva, el cumplimiento de un servicio de interés público no es suficiente para que se le puedan oponer las disposiciones de una directiva no transpuesta en el ordenamiento jurídico interno. Se deberá comprobar que dicha empresa dispone de facultades exorbitantes y está sometida al control de las autoridades públicas.<sup>23</sup>

44. Volviendo al litigio principal, de los elementos presentados ante el Tribunal de Justicia<sup>24</sup> se desprende, a primer vista, que la relación que une a Portgás con las autoridades estatales portuguesas no es tan estrecha como la que ligaba a la entidad en cuestión en la sentencia Foster y otros, antes citada, a las autoridades británicas. A mi entender, las prerrogativas de control de las autoridades portuguesas respecto a Portgás son bastante más limitadas.<sup>25</sup>

45. No obstante, dado que el órgano jurisdiccional remitente no ha aportado suficiente información respecto a Portgás con el fin de determinar si dicha empresa disponía, en el momento en que ocurrieron los hechos litigiosos, de facultades exorbitantes y estaba sometida al control de las autoridades públicas, será dicho órgano jurisdiccional el que deberá examinar si Portgás cumplía dichos requisitos en el momento en que ocurrieron los hechos litigiosos, de conformidad con la norma formulada en la sentencia Foster y otros<sup>26</sup> y al enfoque seguido tradicionalmente por el Tribunal de Justicia en asuntos similares.<sup>27</sup>

46. A falta de elementos que demuestren que Portgás debe equipararse al Estado, se debería excluir la posibilidad de invocar la Directiva, dado que, como se desprende de reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, recordada *supra*, las disposiciones de una directiva no transpuesta no pueden crear obligaciones para particulares y no le pueden ser opuestas.

47. Llegar a otra conclusión supondría reconocer efecto directo descendiente a las disposiciones de la Directiva 93/38 y, además, permitir al Estado, entendido de modo unitario, invocar su propia falta de cumplimiento ante los particulares.

48. Por el contrario, si se equipara a Portgás a una empresa con prerrogativas de poder público, y por tanto ésta queda comprendido en el concepto funcional de Estado (o de prolongación del mismo) mencionado *supra*, también habrá que determinar si el Ministerio demandado en el presente asunto puede invocar la aplicación de la Directiva no transpuesta.

*B. Sobre si las disposiciones de la Directiva controvertida pueden ser invocadas por una autoridad estatal contra una entidad calificada de «prolongación del Estado»*

49. Como ya he señalado *supra*, parece incuestionable que las disposiciones de las directivas no pueden invocarse, con arreglo al efecto directo, contra los particulares, y que sólo crean obligaciones a cargo de los Estados miembros destinatarios.

23 — Como subrayó el Abogado General Van Gerven en sus conclusiones presentadas en el asunto Foster y otros, antes citado, punto 22, la empresa contra la que se puede invocar una disposición incondicional y suficientemente precisa es aquella respecto a la que el Estado «asuma una responsabilidad que le permite influir de manera determinante y de 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».

24 — Dichos elementos consisten, en particular, en el Decreto-ley n.º 33/91 (*Diário da República I*, serie A, n.º 13, de 16 de enero de 1991, p. 235) y el contrato de concesión de distribución de gas, celebrado en diciembre de 1993 entre Portgás y el Estado portugués.

25 — En este sentido, parece que el Estado no dispone de la facultad de nombrar a los directivos de la sociedad, ni de la posibilidad de impartir directrices generales (e instrucciones obligatorias para ciertos casos) sobre cuestiones diversas, ni tampoco de la facultad de determinar el destino de ciertos fondos, lo que podría ejercer presión sobre la dirección de la empresa en cuestión.

26 — Según se desprende del apartado 15 de la sentencia Foster y otros, antes citada, aunque el Tribunal de Justicia es competente para determinar, con carácter prejudicial, las categorías de sujetos frente a los cuales se pueden invocar las disposiciones de una directiva, corresponde por el contrario a los órganos jurisdiccionales nacionales decidir si una parte de un litigio del que conocen entran en una de las categorías definidas de esa manera.

27 — Véanse, en particular, las sentencias Collino y Chiappero, apartado 24; Farrell, apartado 41, y Domínguez, apartado 40, antes citadas.

50. Una vez hecha dicha precisión, persiste una pregunta. ¿Hay que excluir en todos los casos que el Estado pueda invocar las disposiciones de una directiva no transpuesta, o dicha limitación se refiere sólo a los casos en que la posibilidad de invocar disposiciones de la directiva no transpuesta se reivindica respecto a un particular? En el caso de autos, si se considera que Portgás debe equipararse a una «prolongación del Estado» contra la que se pueden oponer las disposiciones de la Directiva, ¿debe excluirse que el Ministerio pueda invocar dicha Directiva?

51. En mi opinión procede dar una respuesta negativa a esta cuestión.

52. Ahora bien, por los motivos que expondré a continuación, considero que en el supuesto arriba indicado, la posibilidad de que una autoridad estatal invoque contra otro órgano del Estado el incumplimiento de las disposiciones de una directiva es un problema ajeno al tradicional debate sobre el efecto directo vertical (y *a fortiori* horizontal) de las directivas, y tiene su origen en la obligación de cumplir las disposiciones de las directivas (artículo 288 TFUE, tercer párrafo) y de cooperar de modo leal y asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los Tratados o resultantes de los actos de las instituciones de la Unión (artículo 4 TUE, apartado 3), que incumben al conjunto de las autoridades estatales.

53. En primer lugar, me parece que este problema no guarda relación directa con la jurisprudencia relativa a la intensidad del efecto directo que se ha de reconocer a las disposiciones de las directivas.

54. En efecto, de los términos empleados por la jurisprudencia y de la lectura que ha hecho de los mismos la doctrina se desprende que los «dos polos de la relación vertical propia del efecto directo de las Directivas»<sup>28</sup> consisten, como ya he mencionado *supra*, en la presencia, por una parte, de un «Estado miembro» (o de uno de sus órganos o prolongaciones), frente al que se pueden invocar las disposiciones de una directiva no transpuesta o incorrectamente transpuesta y, por otro lado, de un «particular», que es el único que puede invocar dichas disposiciones cuando ya ha vencido el plazo de transposición.<sup>29</sup>

55. Si bien es cierto que el Tribunal de Justicia ha admitido que los entes públicos, a priori equiparables al Estado, pueden, eventualmente, invocar las disposiciones precisas e incondicionales de una directiva no transpuesta conforme al efecto directo de las directivas, dichos entes o entidades deben ser considerados como particulares en relación con la directiva de que se trate. Así, en el asunto que dio lugar a la sentencia *Comune di Carpaneto Piacentino y otros*, el Tribunal de Justicia subrayó que «los organismos de Derecho público que, en este contexto, deben equipararse a los particulares, pueden acogerse fundamentalmente a la norma de no imposición en cuanto a las actividades que desarrollen en el ejercicio de sus funciones públicas, y que no figuren en el anexo D de la Directiva».<sup>30</sup>

56. En segundo lugar, entiendo que es importante precisar que el argumento que se inspira en el principio de «estoppel» o en la norma «*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*» no tiene la misma repercusión en una situación en la que quien invoca las disposiciones de una directiva contra una entidad estatal u órgano del Estado es también una entidad estatal. El citado argumento tiene sentido cuando el Estado desea oponer a los particulares el incumplimiento de las obligaciones que implica una directiva europea, pues pretende evitar que el Estado obtenga alguna ventaja de su obligación de transposición, pero no sucede lo mismo cuando el litigio enfrenta a dos órganos del Estado.

28 — Véase Simon, D., *La directive européenne*, Dalloz, 1997, p. 73.

29 — Retomando la fórmula original empleada por el juez de la Unión, el reconocimiento del efecto directo se funda en «la vigilancia de los particulares interesados en la protección de sus derechos» (véase la sentencia *van Gend & Loos*, antes citada).

30 — Sentencia de 17 de octubre de 1989, *Comune di Carpaneto Piacentino y otros* (231/87 y 129/88, Rec. p. 3233), apartado 31.

57. Volviendo al litigio principal, si se equiparase a Portgás a una prolongación del Estado en el sentido de la jurisprudencia Foster y otros, antes citada, nos topáramos, en definitiva, con dos incumplimientos distintos: por una parte, el Estado no observó su obligación de transponer la Directiva 93/38, conforme al artículo 288 TFUE, y, por otro lado, Portgás, en cuanto entidad contratante, no respetó las disposiciones de dicha Directiva.

58. En esta situación, en mi opinión la problemática que se plantea no tiene relación con la discusión sobre el alcance e intensidad del efecto directo que se ha de reconocer a las disposiciones precisas e incondicionales de las directivas, sino que entra en el ámbito de las obligaciones que incumben a las autoridades estatales en virtud de su deber de cooperación leal y de su obligación de asegurar el pleno cumplimiento de las obligaciones que resulten del Derecho de la Unión.

59. Procede subrayar en este sentido que, si bien la obligación primordial de los Estados miembros en relación con la aplicación de las directivas consiste, sin duda alguna, en adaptar dentro del plazo establecido al efecto el Derecho nacional a las mismas mediante la adopción de medidas de transposición conformes tanto a sus términos como a los fines perseguidos, no se limita únicamente a ello. El efecto obligatorio reconocido a las directivas implica que, más allá de la obligación de transposición, el conjunto de autoridades y órganos del Estado garanticen la aplicación efectiva de dichos actos.

60. En virtud del principio de cooperación leal, los Estados miembros adoptarán las medidas generales o particulares aptas para garantizar el cumplimiento de sus obligaciones con arreglo al Derecho de la Unión. Como ha precisado el Tribunal de Justicia, la obligación de los Estados miembros, impuesta por una directiva, de alcanzar el resultado previsto por ésta, así como el deber que, en virtud de los tratados, les incumbe de adoptar todas las medidas generales o particulares aptas para garantizar el cumplimiento de esta obligación, se imponen a todas las autoridades de los Estados miembros.<sup>31</sup>

61. Así, el Tribunal de Justicia ha considerado que, además de las autoridades estatales centrales, tanto las autoridades descentralizadas, con el nivel de autonomía que les corresponda, como las autoridades jurisdiccionales están sometidas a la obligación de adoptar todas las medidas aptas para garantizar el cumplimiento de las directivas.

62. En mi opinión no procede limitar la imposición de esta obligación de cumplimiento únicamente a dichas autoridades, y procede extenderla, en aras a la coherencia, al conjunto de organismos y entidades que cumplan los requisitos para ser calificados como prolongaciones del Estado en el sentido funcional del término, calificación cuyos límites fueron precisados por la sentencia Foster y otros, antes citada.

63. Así, en relación con la cuestión planteada, si se considerase que una entidad como Portgás, concesionaria de un servicio público que a su vez tiene la condición de autoridad contratante, es equiparable al Estado, no veo impedimento alguno para que le sean oponibles las disposiciones de la Directiva 93/38. Antes al contrario, no sólo se le podrían oponer dichas disposiciones, sino que además, en cuanto órgano del Estado, tendría la obligación de adoptar todas las medidas necesarias para cumplir dichas disposiciones, con independencia, por lo demás, de si estas reúnen o no los requisitos técnicos para ser invocadas con arreglo al efecto directo. En tal hipótesis se debería concluir que Portgás estaba sujeta a las obligaciones previstas por dicha Directiva a partir del 1 de enero de 1998, y que además podría haber sido sancionada por un incumplimiento de las mismas, bien mediante decisión de la autoridad de tutela competente, bien en virtud de una resolución de los

31 — Véanse, en particular, las sentencias de 10 de abril de 1984, von Colson y Kamann (14/83, Rec. p. 1891), y Kolpinghuis Nijmegen, antes citada, apartado 12.

órganos jurisdiccionales nacionales a solicitud de terceros afectados por dicho incumplimiento. Tales sanciones constituirían medidas adecuadas de ejecución de la Directiva en cuestión, pues su objetivo es, precisamente, el de favorecer la adopción de decisiones o procedimientos conformes a dicha Directiva.

64. Por lo demás, al invocar el incumplimiento de diversas disposiciones de la Directiva 93/38 por parte de Portgás, el Ministerio, en su calidad de autoridad de tutela, se ciñe a su obligación de aplicación y de cooperación leal, con independencia de la transposición de la citada Directiva. Desde esta perspectiva no se le puede reprochar que obtenga ventaja alguna de la situación de falta de transposición de la Directiva.

65. A mi entender, dicha obligación de cooperación y de adaptación es aún más evidente en un caso como el del asunto principal, en el que incumbe a la autoridad estatal en cuestión, en cuanto autoridad de tutela, asegurar la buena gestión y la conformidad de las operaciones financiadas por dichos Fondos estructurales. Como ha subrayado la Comisión en sus escritos, las autoridades de gestión designadas por los Estados miembros para gestionar las intervenciones de los Fondos asumen una responsabilidad particular, en la medida en que deben garantizar expresamente que éstas se ajusten a las disposiciones del Tratado y de los actos jurídicos derivados, entre los que se incluyen los aplicables en materia de contratación pública.<sup>32</sup>

66. Por consiguiente, si se concluyese que Portgás es equiparable al Estado, no veo impedimento alguno para que se le puedan oponer las disposiciones de la Directiva 93/38, incluso si se invocan por otra autoridad del Estado. Es cierto que la jurisprudencia sólo admite el efecto directo de las directivas no transpuestas si las invoca un particular contra el Estado o un organismo equiparable al mismo, y que lo excluye explícitamente cuando el Estado la invoca frente a un particular. No obstante, ello no implica que no se puedan invocar las disposiciones de una directiva en un litigio entre el Estado y un organismo vinculado al mismo. Ya no se trata del efecto directo, sino de los imperativos de aplicación de una directiva en relación con la obligación de cumplimiento de las obligaciones derivadas del Derecho de la Unión y de cooperación leal, que incumben al conjunto de las autoridades y organismos del Estado.

#### **IV. Conclusión**

67. A la luz de las consideraciones que preceden, propongo al Tribunal de Justicia que responda a la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Administrativo e Fiscal do Porto del siguiente modo:

«Los artículos 4, apartado 1, y 14, apartado 1, letras c) e i), de la Directiva 93/38/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones, en su versión modificada por la Directiva 98/4/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 1998, no pueden ser invocados por las autoridades de un Estado miembro contra una empresa privada, únicamente porque dicha empresa sea un concesionario exclusivo de un servicio de interés público que está comprendido dentro del ámbito de aplicación subjetivo de dicha Directiva, cuando dicha Directiva no haya sido aún transpuesta en el ordenamiento jurídico interno de dicho Estado miembro. Incumbe al órgano jurisdiccional nacional determinar si, además de su calidad de concesionario de servicio público, la empresa de que se trate dispone de prerrogativas exorbitantes.»

32 — Véanse, en particular, los artículos 12 y 38 del Reglamento (CE) n° 1260/1999 del Consejo, de 21 de junio de 1999, por el que se establecen disposiciones generales sobre los Fondos Estructurales (DO L 161, p. 1), aplicable a los hechos del litigio principal. En el caso de autos puede parecer sorprendente que el debate se haya centrado en la cuestión de la posibilidad de invocar la Directiva 93/38, cuando en todo caso las autoridades nacionales competentes debían asegurar el pleno respeto de las disposiciones del Reglamento europeo, las cuales remiten a las normas aplicables en materia de contratos públicos, cuya naturaleza obligatoria y de aplicabilidad directa no presenta duda alguna.