



Recopilación de la Jurisprudencia

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL
SR. MICHAL BOBEK
presentadas el 6 de octubre de 2021¹

Asunto C-348/20 P

**Nord Stream 2 AG
contra**

Parlamento Europeo

Consejo de la Unión Europea

«Recurso de casación — Energía — Mercado interior del gas natural — Directiva (UE) 2019/692 — Aplicación de la Directiva 2009/73/CE a las conducciones de gas con destino a terceros países o procedentes de ellos — Artículo 263 TFUE, párrafo cuarto — Legitimación activa de los particulares — Afectación directa — Afectación individual — Reglas de la aportación de pruebas ante los órganos jurisdiccionales de la Unión — Admisibilidad de los documentos internos de las instituciones de la Unión»

I. Introducción

1. Nord Stream 2 AG (en lo sucesivo, «recurrente») impugna el auto del Tribunal General² por el cual se declaró la inadmisibilidad del recurso que interpuso con arreglo al artículo 263 TFUE, en el que solicitaba la anulación de la Directiva (UE) 2019/692 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019, por la que se modifica la Directiva 2009/73/CE sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural (en lo sucesivo, «acto impugnado»).³ El acto impugnado tiene por objeto garantizar que las normas aplicables a los gasoductos de transporte que conectan dos o más Estados miembros también sean aplicables dentro de la Unión Europea a los que tienen destino u origen en terceros países.⁴ En dicho auto, el Tribunal General ordenó también que se excluyesen de los autos ciertos documentos presentados por la recurrente durante el procedimiento.

2. El presente recurso de casación plantea dos importantes y diferentes cuestiones de índole procesal. En primer lugar, ¿puede estar un particular *directamente afectado* por una directiva en el sentido del artículo 263 TFUE? En segundo lugar, ¿qué consideraciones han de orientar el examen de la admisibilidad de las *pruebas* documentales presentadas por las partes en los procedimientos ante los órganos jurisdiccionales de la Unión, en particular, el examen de la admisibilidad de los documentos internos de las instituciones de la Unión?

¹ Lengua original: inglés.

² Auto de 20 de mayo de 2020, Nord Stream 2/Parlamento y Consejo (T-526/19, EU:T:2020:210) (en lo sucesivo, «auto recurrido»).

³ DO 2019, L 117, p. 1.

⁴ Véase, en particular, el considerando 3 del acto impugnado.

II. Marco fáctico y jurídico

3. Los hechos y antecedentes jurídicos del presente litigio pueden resumirse como se expone a continuación.

4. Con arreglo a su artículo 1, la Directiva 2009/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural y por la que se deroga la Directiva 2003/55/CE (en lo sucesivo, «Directiva del gas»),⁵ establece normas comunes relativas al transporte, la distribución, el suministro y el almacenamiento de gas natural. Define las normas relativas a la organización y funcionamiento del sector del gas natural, el acceso al mercado, los criterios y procedimientos aplicables a la concesión de las autorizaciones para el transporte, la distribución, el suministro y el almacenamiento de gas natural, así como la explotación de las redes.

5. A fin de evitar cualquier conflicto de intereses entre productores, suministradores y gestores de redes de transporte, crear incentivos para las inversiones que se requieren y garantizar también el acceso de nuevos operadores en el mercado con arreglo a un régimen regulador transparente y eficiente, la Directiva del gas dispone que las redes se separen de las actividades de producción y suministro.⁶ En particular, el artículo 9 de la Directiva establece la obligación de separar las redes de transporte y los gestores de redes de transporte.⁷ Además, la Directiva del gas dispone la introducción de un sistema no discriminatorio de acceso de terceros a las redes de transporte y distribución de gas con arreglo a tarifas publicadas (artículo 32) que han de aprobar las autoridades reguladoras nacionales (artículo 41).

6. Con arreglo al artículo 36 de la Directiva del gas, las grandes infraestructuras de gas nuevas, entre las que figuran los interconectores, previa solicitud, durante un cierto tiempo pueden quedar exentas de algunas de las obligaciones que impone la Directiva. Para beneficiarse de esta excepción, en particular, se ha de demostrar que la inversión favorecerá la competencia en el suministro de gas y mejorará la seguridad del suministro y que el nivel de riesgo inherente a la inversión es tal que esta no se llevaría a cabo de no concederse la exención.

7. La recurrente es una sociedad constituida con arreglo al Derecho suizo, cuyo accionista único es la sociedad anónima rusa de Derecho público Gazprom. Le ha sido encomendada la planificación, la construcción y la explotación del gasoducto «Nord Stream 2». La construcción de este gasoducto comenzó en 2018 y aún no había concluido en la fecha en que se interpuso el recurso de casación en el presente asunto. Al igual que el gasoducto «Nord Stream» (ahora conocido comúnmente como «Nord Stream 1»), cuya construcción culminó en 2012, el gasoducto Nord Stream 2 consta de dos gasoductos de transporte destinados a garantizar el flujo de gas entre Vyborg (Rusia) y Lumbin (Alemania).

8. El 17 de abril de 2019, a una Propuesta de la Comisión Europea de 8 de noviembre de 2017, el Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea adoptaron el acto impugnado.

⁵ DO 2009, L 211, p. 94.

⁶ Véanse, en particular, los considerandos 6 y 9 de la Directiva del gas.

⁷ En el sector de las industrias de red, el término «separación» se utiliza para designar a la desvinculación de las actividades que son potencialmente competitivas (como la producción y el suministro) de aquellas en que la competencia o no es posible o no está permitida (como el transporte). El objetivo de la separación es evitar que los gestores de redes de transporte favorezcan a sus propias actividades de suministro en detrimento de los proveedores independientes.

9. Con arreglo al considerando 3 del acto impugnado, la Directiva tiene por objeto reducir los obstáculos a la plena realización del mercado interior del gas natural que se derivan de la inaplicabilidad, hasta entonces, de las normas de mercado de la Unión a los gasoductos de transporte con destino u origen en terceros países.

10. A este respecto, el artículo 2, punto 17, de la Directiva del gas, en su versión modificada por el acto impugnado, establece que el concepto de «interconector» no solo se refiere a «[todo] gasoducto de transporte que cruza o supera una frontera entre Estados miembros al objeto de conectar la red nacional de transporte de dichos Estados miembros», sino ahora también a «[todo] gasoducto de transporte entre un Estado miembro y un tercer país hasta el territorio del Estado miembro o el mar territorial de dicho Estado miembro».

11. Con arreglo al artículo 49 *bis*, apartado 1, de la Directiva del gas, añadido por el acto impugnado, en lo que respecta a los gasoductos de transporte entre un Estado miembro y un tercer país que se hayan terminado antes del 23 de mayo de 2019, en determinadas condiciones, el Estado miembro donde esté situado el primer punto de conexión de dicho gasoducto de transporte con la red de un Estado miembro podrá establecer exenciones de ciertas disposiciones de la Directiva del gas para las secciones de esos gasoductos de transporte situadas en su territorio o mar territorial. Tales exenciones se limitan a un máximo de veinte años, pero son renovables.

12. Respecto a la aplicación de las modificaciones efectuadas en la Directiva del gas por el acto impugnado, el artículo 2 de este último exige que, con ciertas excepciones, los Estados miembros pongan en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la Directiva a más tardar el 24 de febrero de 2020, «sin perjuicio de las excepciones que puedan establecerse con arreglo a lo dispuesto en el artículo 49 *bis*, de la [Directiva del gas]».

III. Procedimiento ante el Tribunal General y auto recurrido

13. Mediante escrito presentado el 26 de julio de 2019, la recurrente interpuso ante el Tribunal General un recurso con arreglo al artículo 263 TFUE, en que solicitaba la anulación del acto impugnado.

14. La recurrente alegaba que los objetivos declarados del acto impugnado, es decir, extender la aplicación de las disposiciones de la Directiva del gas a los gasoductos submarinos de importación a fin de mejorar el funcionamiento del mercado interior, permitiendo ciertas excepciones para proteger las inversiones actuales, no son realmente su auténtica finalidad. En su opinión, el acto impugnado se adoptó con el propósito de desincentivar y situar en una posición de desventaja la explotación del gasoducto Nord Stream 2. En consecuencia, a juicio de la recurrente, la legalidad del acto impugnado estaba viciado por una vulneración de los principios de no discriminación, de proporcionalidad y de seguridad jurídica y por una infracción de requisitos sustanciales de forma, abuso de poder y falta de motivación.

15. Los días 10 y 11 de octubre de 2019, respectivamente, el Parlamento y el Consejo formularon sendas excepciones de inadmisibilidad del recurso. La recurrente presentó sus observaciones respecto a las excepciones de inadmisibilidad el 29 de noviembre de 2019, solicitando al Tribunal General que reservase su decisión hasta que se pronunciase sobre el fondo del asunto o, con carácter subsidiario, que desestimase las excepciones por infundadas.

16. El 11 de octubre de 2019, el Consejo solicitó al Tribunal General, en virtud del artículo 130, apartado 2, del Reglamento de Procedimiento del Tribunal General (en lo sucesivo, «demanda de incidente procesal»): i) que ordenara que determinados documentos no formasen parte de autos o, respecto a tres de los documentos presentados por la recurrente, que fuesen excluidos de los autos, y ii) que desatendiera todos los pasajes del recurso y de sus anexos que hiciesen referencia a los documentos del Consejo clasificados como «Restreint UE/EU Restricted», describiesen su contenido o se basasen en ellos. Los tres documentos presentados por la recurrente y cuya exclusión solicitaba el Consejo eran, en primer lugar, un dictamen del Servicio Jurídico del Consejo de 27 de septiembre de 2017⁸ (en lo sucesivo, «dictamen del Servicio Jurídico» o «anexo A.14»); en segundo lugar, la Recomendación, presentada por la Comisión el 9 de junio de 2017, de una decisión del Consejo por la que se autoriza la apertura de negociaciones para un acuerdo entre la Unión Europea y la Federación Rusa sobre la gestión del gasoducto Nord Stream 2 [en lo sucesivo, «Recomendación» o «anexo O.20» y, en tercer lugar, las Directrices de negociación de 12 de junio de 2017 adjuntas a la Recomendación (en lo sucesivo, «Directrices de negociación»).

17. El 4 de noviembre de 2019, la recurrente presentó sus observaciones relativas a la demanda de incidente procesal, en las que solicitaba su desestimación.

18. El 29 de noviembre de 2019, la recurrente solicitó también al Tribunal General, con arreglo al artículo 88 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal General, que adoptase una diligencia de ordenación del procedimiento o, si procedía, una diligencia de prueba, consistente en requerir a los recurridos que presentasen determinados documentos en manos del Consejo (en lo sucesivo, «solicitud de una diligencia de ordenación del procedimiento»). Dicha solicitud se refería a la presentación de versiones *no editadas* de dichos documentos, puesto que el Consejo ya había facilitado una versión editada tras una petición de acceso en virtud del Reglamento (CE) n.º 1049/2001⁹ presentada por un empleado de la recurrente. A este respecto, la recurrente adjuntó a su solicitud dos versiones no editadas de los documentos solicitados, previamente obtenidas, con ciertos comentarios del Gobierno alemán sobre la propuesta del acto impugnado (en lo sucesivo «documentos alemanes no editados» o «anexos M.26 y M.30»).

19. El 17 de enero de 2020, el Parlamento y el Consejo presentaron sus observaciones sobre la solicitud de una diligencia de ordenación del procedimiento. En particular, el Consejo solicitó que los anexos M.26 y M.30 fuesen excluidos de los autos.

20. El 20 de mayo de 2020, el Tribunal General adoptó el auto recurrido. En su parte dispositiva, se resuelve lo siguiente:

- «1) Retirar de los autos los documentos presentados por Nord Stream 2 AG como anexos A. 14 y O. 20, sin que proceda tener en cuenta los pasajes de la demanda y de los anexos en los que se reproducen extractos de dichos documentos.
- 2) Desestimar la demanda incidental presentada por el Consejo de la Unión Europea en todo lo demás.

⁸ El dictamen lleva por título «Recomendación de una decisión del Consejo por la que se autoriza la apertura de negociaciones para un acuerdo entre la Unión Europea y la Federación Rusa sobre la gestión del gasoducto Nord Stream 2. Atribución de competencias y aspectos jurídicos conexos».

⁹ Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2001, relativo al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión (DO 2001, L 145, p. 43).

- 3) Retirar de los autos los documentos presentados por Nord Stream 2 como anexos M. 26 y M. 30.
- 4) Declarar la inadmisibilidad del recurso.
- 5) Sobreseer las demandas de intervención presentadas por la República de Estonia, la República de Letonia, la República de Lituania, la República de Polonia y por la Comisión Europea.
- 6) Condenar a Nord Stream 2 a cargar con las costas del Parlamento Europeo y del Consejo, excepto las correspondientes a las demandas de intervención.
- 7) Nord Stream 2, el Parlamento Europeo y el Consejo, así como la República de Estonia, la República de Letonia, la República de Lituania, la República de Polonia y la Comisión Europea, cargarán con sus propias costas correspondientes a las demandas de intervención.

IV. Procedimiento ante el Tribunal de Justicia

21. En su recurso de casación interpuesto ante el Tribunal de Justicia el 28 de julio de 2020, la recurrente solicita al Tribunal de Justicia que:

- Anule el auto recurrido, en particular los puntos 1, 3, 4 y 6 del fallo.
- En la medida en que el Tribunal de Justicia considere que el estado del procedimiento lo permite, desestime la excepción de inadmisibilidad, declare el recurso admisible y devuelva el asunto al Tribunal General para que se pronuncie sobre el fondo o, con carácter subsidiario, declare que la medida controvertida afecta directamente a la recurrente y devuelva el asunto al Tribunal General para que se pronuncie sobre la afectación individual o acumule esta cuestión al fondo del asunto.
- Condene en costas al Consejo y al Parlamento, incluidas las costas correspondientes al procedimiento ante el Tribunal General.

22. Por su parte, el Consejo y el Parlamento (en lo sucesivo, «recurridos») solicitan al Tribunal de Justicia que desestime el recurso de casación y que condene en costas a la recurrente.

23. Los Gobiernos de Estonia, Letonia y Polonia (en lo sucesivo, «coadyuvantes»), tras admitirse su intervención en apoyo de las pretensiones de los recurridos, han presentado sus observaciones. La recurrente presentó una respuesta a dichas observaciones.

24. El 25 de enero de 2021, la recurrente presentó una réplica, y el 5 de marzo de 2021 los recurridos presentaron una dúplica.

25. El 16 de julio de 2021, en cumplimiento de la diligencia de ordenación del procedimiento adoptada por el juez ponente y el Abogado General con arreglo al artículo 62, apartado 1, del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia, la recurrente presentó ante este último los documentos que previamente había facilitado al Tribunal General como anexos A.14, O.20, M.26 y M.30 (en lo sucesivo, «anexos controvertidos»).

V. Apreciación

26. La demandante invoca dos motivos. El primero impugna las apreciaciones del Tribunal General respecto a la ausencia de afectación directa. El segundo se refiere a la decisión del Tribunal General en relación con los documentos excluidos de los autos.

27. Las presentes conclusiones van a tratar cada uno de los dos motivos de casación en el mismo orden en que han sido formulados por la recurrida. Así pues, en primer lugar, voy a examinar las apreciaciones del Tribunal General respecto a la cuestión de si la recurrida estaba directamente afectada por el acto impugnado (A). En segundo lugar, analizaré la decisión del Tribunal General en relación con determinados documentos y la información presentada por la recurrente (B).

A. Primer motivo de casación: afectación directa

28. Con su primer motivo de casación, dirigido contra los apartados 102 a 124 del auto recurrido, la recurrente alega que el Tribunal General incurrió en error de Derecho al interpretar y aplicar el requisito de afectación directa y, en consecuencia, al considerar que la recurrida carecía de legitimación para impugnar el acto impugnado. El primer motivo de casación comprende dos partes.

1. Alegaciones de las partes

29. En la *primera parte* de su primer motivo de casación, la recurrente alega que el Tribunal General incurrió en error de Derecho al atender principalmente al hecho de que el acto impugnado es una *directiva* para llegar a la conclusión de que no afectaba directamente a su situación. En opinión de la recurrente, de reiterada jurisprudencia se desprende que, a efectos del artículo 263 TFUE, lo importante es el contenido del acto, no su forma. A este respecto, se remite a diversos asuntos en los que los órganos jurisdiccionales de la Unión hallaron admisibles recursos de anulación dirigidos contra directivas.

30. En la *segunda parte* de su primer motivo de casación, la recurrente critica al Tribunal General por concluir que el acto impugnado dejaba a las autoridades nacionales un margen de discrecionalidad en la aplicación de las disposiciones del acto impugnado en cuanto a: i) las obligaciones de separación establecidas en el artículo 9 de la Directiva del gas; ii) el régimen de exenciones establecido en el artículo 36 de la Directiva del gas, iii) el régimen de excepciones establecido en el artículo 49 *bis* de la Directiva del gas. A juicio de la recurrente, el Tribunal General no examinó si el acto impugnado dejaba alguna discrecionalidad *auténtica* a los Estados miembros a este respecto. Por último, la recurrente aduce que el Tribunal General no comprobó si las disposiciones relativas al acceso de terceros (artículo 32 de la Directiva del gas) y a la regulación de las tarifas (artículo 41 de la Directiva del gas) afectan a su situación jurídica.

31. Por su parte, los recurridos, respaldados por todos los coadyuvantes, defienden la argumentación utilizada por el Tribunal General para excluir la afectación directa. En particular, recalcan que, *por definición*, una directiva no puede producir efectos jurídicos en los particulares salvo que sea transpuesta en el Derecho nacional. Los mismos intervinientes sostienen también que las disposiciones concretas del acto impugnado aludidas por la recurrente no pueden afectar directamente a dicha sociedad, dado que, para ser efectivas, es necesaria la adopción de medidas de aplicación a nivel nacional.

2. Análisis

32. De conformidad con el artículo 263 TFUE, párrafo cuarto, el recurso interpuesto por una persona física o jurídica contra los actos de los que no sea destinataria puede ser admisible en dos casos. Por una parte, esa persona puede interponer el recurso cuando el acto la afecte directa e individualmente. Por otra parte, puede interponer recurso contra un acto reglamentario que no incluya medidas de ejecución si dicho acto la afecta directamente.

33. Es pacífico entre las partes que el acto impugnado no es un «acto reglamentario» en el sentido del artículo 263 TFUE, sino un acto legislativo.¹⁰ En consecuencia, la legitimación activa de la recurrente se ha de examinar dentro del primer supuesto mencionado en el punto anterior: el recurso interpuesto por la recurrente ante el Tribunal General es admisible si el acto impugnado afecta *directa e individualmente* a dicha sociedad. Puesto que el Tribunal General ha llegado a la conclusión de que la recurrente no estaba directamente afectada, no entró a valorar el aspecto de la afectación individual.

34. En las siguientes secciones voy a explicar, en primer lugar, por qué no estimo convincentes las razones formuladas en el auto recurrido, razones que se pueden agrupar en dos grupos: las de naturaleza sistemática, más abstracta y teórica [a]) y las vinculadas a la situación concreta de la recurrente [b)]. A continuación, expondré que el Tribunal General no se pronunció sobre ciertos argumentos aducidos por la recurrente [c)]. La conclusión que extraigo de todo ello es que el Tribunal General incurrió en error de Derecho al interpretar y aplicar el artículo 263 TFUE, párrafo cuarto, a la situación controvertida.

a) El acto impugnado es una directiva, por lo que no puede ser impugnado por un particular

35. El primer grupo de argumentos del Tribunal General se refiere a consideraciones de carácter sistemático: el acto impugnado no puede afectar directamente a la recurrente porque se trata de una *directiva*.

36. Los pasajes relevantes del auto recurrido presentan el siguiente tenor: una directiva «no puede, por sí sola, crear obligaciones a cargo de un particular y no puede, por consiguiente, ser invocada, como tal, por las autoridades nacionales contra los operadores a falta de medidas de transposición de dicha directiva adoptadas con anterioridad por las citadas autoridades. [...] Así, independientemente de la cuestión de si son claras y suficientemente precisas, las disposiciones de la Directiva impugnada no pueden ser, antes de la adopción de las medidas estatales de transposición y de manera independiente de estas medidas, fuente directa o inmediata de obligaciones para la [recurrente] y susceptibles de afectar, en consecuencia, directamente a su situación jurídica en el sentido del artículo 263 TFUE, párrafo cuarto [...] [Además], la Directiva impugnada, en sí y desde su entrada en vigor, no surte efectos inmediatos y concretos en la situación jurídica de los operadores, como la [recurrente], y en ningún caso antes de la expiración del plazo de transposición previsto en su artículo 2, apartado 1.»¹¹

37. A mi parecer, el razonamiento del Tribunal General a este respecto es incorrecto.

¹⁰ Véase asimismo el apartado 82 del auto recurrido.

¹¹ Apartados 106 a 108 del auto recurrido.

38. Para empezar, las declaraciones del Tribunal General difícilmente concuerdan con la jurisprudencia previamente invocada en el auto recurrido, según la cual la sola circunstancia de que un particular interponga un recurso de anulación contra una directiva no basta para que se declare la inadmisibilidad de tal recurso. El Tribunal General añadió que, por lo tanto, un recurso es admisible si la *directiva* afecta directa e individualmente al demandante o si constituye un acto reglamentario que le afecta directamente y no incluye medidas de ejecución.¹²

39. Estoy de acuerdo con estos principios. Sin embargo, se contradicen con las afirmaciones del Tribunal General reproducidas en el punto 36 de las presentes conclusiones. En efecto, lo declarado por el tribunal de primera instancia implicaría negar la legitimación activa de los particulares para impugnar *cualquier* directiva. Respecto a este tipo de acto, nunca podría apreciarse la afectación directa, pues, por definición, *todas* las directivas: i) requieren alguna medida de transposición y, ii) antes de su transposición, no pueden imponer obligaciones a los particulares ni ser invocadas contra ellos por las autoridades nacionales.¹³ Esto último resulta más evidente aún antes de que haya expirado el plazo de transposición fijado en la propia directiva.

40. Sin embargo, yo no creo que, desde el punto de vista conceptual, sean realmente equiparables la *afectación directa* y el *efecto directo*. Aunque ambos conceptos presentan cierta similitud, son ontológicamente diferentes y persiguen distintos fines. El artículo 263 TFUE, párrafo cuarto, no requiere que el acto impugnado tenga efecto directo y, menos aún, que pueda ser invocado por las autoridades frente a los particulares. Simplemente requiere que el acto impugnado «produzca efectos jurídicos frente a terceros».

41. No obstante, este último concepto es diferente y, en términos generales, constituye una categoría lógica mucho más amplia que el efecto directo. Tal como declara la jurisprudencia, el requisito de que la decisión objeto de recurso afecte directamente a una persona física o jurídica, como se establece en el artículo 263 TFUE, párrafo cuarto, exige que se reúnan dos criterios acumuladamente, a saber, que la medida impugnada, por un lado, *surta efectos directamente* en la situación jurídica del particular y, por otro, no deje *ningún margen de apreciación* a los destinatarios encargados de su aplicación, por tener esta carácter meramente automático y derivarse únicamente de la normativa de la Unión, sin aplicación de otras normas intermedias.¹⁴

42. En el presente asunto, el acto impugnado puede *producir efectos jurídicos* al extender el ámbito de aplicación de las disposiciones de la Directiva del gas a situaciones y destinatarios que antes no estaban sometidos a ellas. Asimismo, es evidente que, a resultas de dicha extensión, la *posición jurídica* de la recurrente se ha visto *alterada*: un minucioso cuerpo normativo que rige sus actividades ahora es aplicable a las suyas propias. La única cuestión es si esta alteración de la posición de la recurrente la produce directamente el acto impugnado o, por el contrario, si solo puede venir dada por la adopción de medidas nacionales de aplicación.

¹² Apartados 78 y 79 del auto recurrido.

¹³ Esto es sin duda cierto en lo que se refiere al principio general; sin embargo, en la práctica, incluso antes de su transposición o en defecto de esta, las directivas: i) pueden tener un efecto de bloqueo sobre las autoridades nacionales, con posibles repercusiones negativas para los particulares: sentencia de 18 de diciembre de 1997, Inter-Environnement Wallonie (C-129/96, EU:C:1997:628), apartados 35 a 50, o ii) pueden producir efectos colaterales en terceros: sentencias de 7 de enero de 2004, Wells (C-201/02, EU:C:2004:12), apartados 54 a 61, y de 30 de abril de 1996, CIA Security International (C-194/94, EU:C:1996:172), apartados 40 a 55, o iii) pueden dar lugar a una interpretación del Derecho nacional de conformidad con la directiva que vaya en detrimento de un particular: véase, por ejemplo, la sentencia de 19 de abril de 2016, DI (C-441/14, EU:C:2016:278), apartado 31 y jurisprudencia citada.

¹⁴ Sentencia de 6 de noviembre de 2018, Scuola Elementare Maria Montessori/Comisión, Comisión/Scuola Elementare Maria Montessori y Comisión/Ferracci (C-622/16 P a C-624/16 P, EU:C:2018:873), apartado 42 y jurisprudencia citada. El subrayado es mío.

43. A este respecto, la jurisprudencia citada en el punto 41 de las presentes conclusiones da a entender, en esencia, que para que exista afectación directa los efectos jurídicos del acto impugnado deben proceder del propio acto, *de forma automática*, sin necesidad de la posterior adopción de ninguna otra medida, ya sea por la Unión o por los Estados miembros. Por lo tanto, el requisito de la afectación directa se cumple cuando se puede apreciar la existencia de un *nexo de causalidad directo* entre el acto de la Unión impugnado y la alteración en la situación jurídica del demandante. No se cumple dicho requisito si existe cualquier intervención añadida de las instituciones de la Unión o de las autoridades nacionales que pueda romper dicho nexo.¹⁵

44. Conviene señalar que esta valoración no puede hacerse en abstracto, atendiendo solo al tipo de acto impugnado. Requiere indagar, en particular, la finalidad, el contenido, el alcance y la sustancia del acto concreto impugnado y el contexto jurídico y fáctico en que se adoptó.¹⁶ Tal como recientemente ha expresado el Abogado General Hogan, al examinar los efectos que una medida surte en la situación jurídica de una persona física o jurídica, los órganos jurisdiccionales de la Unión han adoptado una «consideración global y pragmática [que] da preferencia a la sustancia sobre la forma».¹⁷

45. Estos principios son aplicables a *cualquier* acto de la Unión que pueda ser impugnado ante los órganos jurisdiccionales de la Unión, sea cual sea su forma y con independencia del nombre que se le dé o la etiqueta que se le asigne. Como reiteradamente han declarado los órganos jurisdiccionales de la Unión, «la forma de adopción de los actos o decisiones es, en principio, indiferente» por lo que respecta a la posibilidad de impugnarlos mediante un recurso de anulación.¹⁸ En efecto, para determinar si el acto impugnado produce efectos jurídicos obligatorios en el sentido del artículo 263 TFUE «hay que atenerse al *contenido esencial* de dicho acto y apreciar tales efectos en función de criterios objetivos, como el contenido de ese mismo acto, tomando en consideración, en su caso, el contexto en el que se adoptó y las facultades de la institución que fue su autora».¹⁹

46. En consecuencia, el hecho de que el acto impugnado sea una *directiva* no excluye la posibilidad de que afecte directamente a la recurrente.

47. Es cierto, habida cuenta de las características particulares de esta forma de legislación con arreglo al artículo 288 TFUE, que sería muy extraño que alguna disposición de una directiva cumpliera el requisito de la afectación directa respecto de un particular. Sin embargo, no es lo mismo *muy raro* que *sistemáticamente excluido*, como parece dar a entender el razonamiento del Tribunal General. Si se ha de respetar el principio transversal del Tribunal de Justicia según el cual la sustancia debe prevalecer sobre la forma,²⁰ el tipo de fuente del Derecho de la Unión elegido no

¹⁵ Véanse mis conclusiones presentadas en el asunto Région de Bruxelles-Capitale/Comisión (C-352/19, EU:C:2020:588), punto 48, donde cito más jurisprudencia y doctrina jurídica.

¹⁶ En este sentido, véase, en particular, la sentencia de 22 de junio de 2021, Venezuela/Consejo (C-872/19 P, EU:C:2021:507), apartado 66.

¹⁷ Conclusiones del Abogado General Hogan presentadas en el asunto Venezuela/Consejo (C-872/19, EU:C:2021:37), punto 105.

¹⁸ Véanse las sentencias de 11 de noviembre de 1981, IBM/Comisión (60/81, EU:C:1981:264), apartado 9, y de 12 de septiembre de 2006, Reynolds Tobacco y otros/Comisión (C-131/03 P, EU:C:2006:541). El subrayado es mío. Más recientemente, en este sentido, véanse la sentencia de 31 de enero de 2019, International Management Group/Comisión (C-183/17 P y C-184/17 P, EU:C:2019:78), apartado 51, y el auto de 2 de septiembre de 2020, ENIL Brussels Office y otros/Comisión (T-613/19, no publicado, EU:T:2020:382), apartado 25.

¹⁹ Véanse, entre otras muchas, las sentencias de 20 de febrero de 2018, Bélgica/Comisión (C-16/16 P, EU:C:2018:79), apartado 32 y jurisprudencia citada, y de 9 de julio de 2020, República Checa/Comisión (C-575/18 P, EU:C:2020:530), apartado 47. El subrayado es mío.

²⁰ Máxima aplicable también a otros aspectos, como la existencia de un acto impugnado en virtud del artículo 263 TFUE: véase, por ejemplo, la sentencia de 20 de febrero de 2018, Bélgica/Comisión (C-16/16 P, EU:C:2018:79), apartado 19.

puede predeterminar, en abstracto y por sí solo, la naturaleza de su sustancia. Una reiterada jurisprudencia ha confirmado que no se puede excluir categóricamente la posibilidad de que algunas de las disposiciones de una directiva afecten directamente a un determinado particular.²¹

48. A este respecto, es irrelevante que algunos efectos del acto impugnado no se hubiesen desencadenado cuando la recurrente inició el procedimiento, al no haber expirado aún su plazo de transposición. Según la jurisprudencia, el hecho de que los efectos de un acto no se produzcan hasta una fecha posterior determinada en este mismo acto no impide que este pueda afectar directamente a un particular por imponerle una determinada obligación.²²

49. En definitiva, si se acogiese la argumentación del Tribunal General a este respecto, prácticamente ninguna directiva sería susceptible de recurso ante los órganos jurisdiccionales de la Unión. El plazo de transposición otorgado a los Estados miembros es casi siempre mayor que el plazo de dos meses disponible para iniciar el procedimiento previsto en el artículo 263 TFUE, párrafo sexto.²³ De hecho, la postura del Tribunal General ha sido refutada por varias resoluciones de los órganos jurisdiccionales de la Unión, en que se declaraba admisible el recurso contra una directiva, pese a haber sido interpuesto *antes* de concluir su plazo de transposición.²⁴

50. Por último, son oportunas unas breves observaciones finales acerca de las declaraciones que se hacen en los apartados 108 y 109 del auto recurrido.

51. Por un lado, el Tribunal General consideró que el efecto jurídico alegado por la recurrente era insuficiente para apreciar una afectación directa. A su parecer, «no es, en cualquier caso, más que la consecuencia de su decisión de desarrollar y mantener su actividad en el territorio de la Unión». Sin embargo, no alcanzo a entender por qué no se ha de permitir a una empresa impugnar un acto de la Unión que afecta a su situación, solamente porque en teoría podría trasladarse a un país situado fuera de la Unión, sustrayéndose así a la aplicación de las normas del mercado interior. Para que un acto sea recurrible, el artículo 263 TFUE solo exige que produzca efectos jurídicos, no que produzca efectos jurídicos «ineludibles».

52. Entre otras cosas, la afirmación del Tribunal General resulta difícilmente conciliable con el derecho a la tutela judicial efectiva que el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en lo sucesivo, «Carta») reconoce a «toda persona» (no solo a las personas físicas y jurídicas que se hallen «obligadas» a permanecer en la Unión), y con la libertad de empresa y el derecho de propiedad, reconocidos, respectivamente, en los artículos 16 y 17 de la Carta. Llevando al extremo el razonamiento del Tribunal General, prácticamente ninguna empresa estaría nunca en condiciones de impugnar un acto de la Unión, pues en principio las empresas siempre pueden trasladarse fuera de ella.

53. La jurisprudencia citada por el Tribunal General en este punto no parece pertinente. El asunto al que se remite (Air Transport Association of America y otros) no versa sobre una cuestión de procedimiento como la planteada en el presente asunto (la admisibilidad de un recurso de anulación de un particular), sino sobre una cuestión de fondo (la capacidad de la Unión Europea para adoptar medidas que, a juicio de ciertas empresas, tienen algunos efectos

²¹ Véanse, en particular, las sentencias de 7 de octubre de 2009, *Vischim/Comisión* (T-420/05, EU:T:2009:391), apartados 67, 78 y 79; de 7 de octubre de 2009, *Vischim/Comisión* (T-380/06, EU:T:2009:392), apartados 57 a 59, y de 2 de marzo de 2010, *Arcelor/Parlamento y Consejo* (T-16/04, EU:T:2010:54), apartado 94 y jurisprudencia citada.

²² Véase, en particular, la sentencia de 25 de septiembre de 2015, *PPG y SNF/ECHA* (T-268/10 RENV, EU:T:2015:698), apartado 47 y jurisprudencia citada.

²³ Véanse también los artículos 58 a 60 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal General.

²⁴ Véase, en particular, el auto de 13 de octubre de 2006, *Vischim/Comisión* (T-420/05 RII, EU:T:2006:304), apartado 33.

extraterritoriales).²⁵ Quizá sea más pertinente el hecho de que los órganos jurisdiccionales de la Unión hayan aclarado que no obsta a la existencia de afectación directa que el impacto del acto de la Unión de que se trate sobre la situación jurídica de la recurrente sea también resultado de determinadas decisiones de los operadores económicos afectados,²⁶ o que la recurrente pueda eludir las consecuencias del acto impugnado eligiendo vías de actuación diferentes.²⁷

54. Por otro lado, en el apartado 109 el Tribunal General declaró que «admitir la consideración de la [recurrente] de que la entrada en vigor de la Directiva impugnada ha afectado directamente a su situación jurídica, dado que la explotación [del gasoducto Nord Stream 2] habría quedado excluida en caso contrario del ámbito de aplicación material de la Directiva 2009/73, supondría considerar que, cada vez que la Unión adopta nueva legislación en un ámbito imponiendo a los operadores obligaciones a las que no estaban sujetos con anterioridad, esa legislación, incluso cuando revista la forma de directiva y se adopte conforme al procedimiento legislativo ordinario, afecta necesaria y directamente a los operadores en el sentido del artículo 263 TFUE, párrafo cuarto». El Tribunal General añadió que tal postura se opondría al propio tenor literal del artículo 288 TFUE, con arreglo al cual las directivas precisan de medidas nacionales de aplicación.

55. Al haber explicado ya por qué las directivas, en principio, no están excluidas del recurso previsto en el artículo 263 TFUE, párrafo cuarto, no es preciso que reitere mis argumentos sobre este extremo. Solo añadiré que la postura del Tribunal General también implicaría que las instituciones de la Unión pudieran reducir fácilmente a la nada la facultad de los demandantes no privilegiados para instar la anulación de una medida perjudicial con arreglo al artículo 263 TFUE, con tan solo elegir la forma de «directiva».²⁸

56. En consecuencia, el argumento del Tribunal General según el cual sería demasiado sencillo para los demandantes particulares impugnar la legislación de la Unión si se admitiese la postura de la recurrente sobre la afectación directa puede quedar desvirtuado recordando la diferencia entre los conceptos de «afectación directa» y «afectación individual». Estos dos requisitos, obviamente acumulativos, desempeñan un papel diferente en el contexto del artículo 263 TFUE, párrafo cuarto. Con la afectación directa se trata de dilucidar si la situación del demandante se ve afectada de forma *inmediata*. Con la afectación individual se trata de determinar si está afectado *debido a circunstancias concretas* que le diferencian de cualquier otra persona que también pueda estar afectada.

57. Por lo tanto, es el cumplimiento del último criterio (que, en pocas palabras, exige que el demandante se halle en una situación equivalente a la de un destinatario de la medida²⁹) el que evita que se produzca aquello que teme el Tribunal General. En efecto, la nueva legislación (ya sea en forma de reglamento o de directiva) puede afectar a numerosos operadores económicos. Sin embargo, solo a aquellos que superen la estricta «fórmula Plaumann»³⁰ se les puede

²⁵ Sentencia de 21 de diciembre de 2011 (C-366/10, EU:C:2011:864), apartados 127 y 128.

²⁶ Véanse, en este sentido, las sentencias de 13 de marzo de 2008, Comisión/Infront WM (C-125/06 P, EU:C:2008:159), apartados 41 a 64, de 15 de diciembre de 2005, Infront WM/Comisión (T-33/01, EU:T:2005:461), apartados 114 a 150, y de 25 de octubre de 2011, Microban Internacional y Microban (Europe)/Comisión (T-262/10, EU:T:2011:623), apartado 28.

²⁷ Véase, en este sentido, la sentencia de 22 de junio de 2021, Venezuela/Consejo (C-872/19 P, EU:C:2021:507), apartado 71.

²⁸ Como señala el propio Tribunal General, apoyándose en reiterada jurisprudencia, en el apartado 78 del auto recurrido. Véase también la sentencia de 2 de marzo de 2010, Arcelor/Parlamento y Consejo (T-16/04, EU:T:2010:54), apartado 94 y jurisprudencia citada. Más recientemente, véanse, por analogía, las conclusiones del Abogado General Hogan presentadas en el asunto Venezuela/Consejo (Posible afectación de un Estado tercero) (C-872/19, EU:C:2021:37), punto 119.

²⁹ Véase, en sentido similar, Lenaerts, K., Maselis, I. y Gutman, K., *EU Procedural Law*, Oxford University Press, Oxford 2014, pp. 768 y 769.

³⁰ Véanse, entre otras, las sentencias de 15 de julio de 1963, Plaumann/Comisión (25/62, EU:C:1963:17, p. 107), y, más recientemente, de 17 de septiembre de 2015, Mory y otros/Comisión (C-33/14 P, EU:C:2015:609, apartado 93)

reconocer la legitimación activa en virtud del artículo 263 TFUE, párrafo cuarto. Queda así claramente conjurado el riesgo aludido por el Tribunal General de que se cree una *actio popularis* contra la legislación de la Unión.

58. En conclusión, a mi parecer, la primera parte del primer motivo de casación de la recurrente es fundada. No obstante, ello no basta por sí solo para anular el auto recurrido. Como ya he señalado, la apreciación del Tribunal General respecto a la falta de afectación directa se basa también en otro conjunto de razones.

b) Las autoridades de los Estados miembros gozaban de un margen de apreciación para transponer las disposiciones relevantes de la Directiva

59. El segundo grupo de razones esgrimidas por el Tribunal General para excluir la afectación directa tiene que ver con la situación de la recurrente y el contenido de las disposiciones invocadas. En los apartados 111 a 123 del auto recurrido, el Tribunal General excluyó la afectación directa alegando que las disposiciones del acto impugnado, que en opinión de la recurrente afectaban a su situación jurídica, requerían de medidas nacionales de aplicación.

60. En esta parte de su razonamiento, el Tribunal General aplicó el criterio de la afectación directa, a pesar de sus propias reservas previas debidas al hecho de que el instrumento era una directiva. Sin embargo, en cuanto a esta parte del auto recurrido, tampoco puedo estar de acuerdo con el Tribunal General.

61. Se ha de tener en cuenta que el criterio relativo a la ausencia de medidas de ejecución no significa que *cualquier* acto de aplicación, del tipo que sea, excluya necesaria e inmediatamente la afectación directa. En particular, como acertadamente se observa en los apartados 102 y 103 del auto recurrido, el requisito de la afectación directa se cumple, en particular, cuando, pese a existir medidas de aplicación, en realidad las autoridades competentes *carecen de un auténtico margen de apreciación* en cuanto a la forma en que se ha de ejecutar el acto principal de la Unión. Tal como ha declarado el Abogado General Wathelet, para poder excluir la afectación directa, «el margen de apreciación del autor del acto intermedio destinado a ejecutar el acto de la Unión no puede ser meramente formal. Debe ser la fuente de la afectación jurídica del demandante».³¹

62. Existe una nutrida jurisprudencia que ilustra este extremo. Por ejemplo, se consideró que había afectación directa en casos en los que el acto de la Unión regulaba de manera exhaustiva la *forma* en que las autoridades nacionales debían tomar sus decisiones³² o el *resultado* que debía alcanzarse, independientemente del contenido de los mecanismos concretos utilizados por las autoridades nacionales para obtener dicho resultado;³³ cuando el papel de las autoridades

³¹ Conclusiones del Abogado General Wathelet presentadas en el asunto Stichting Woonlinie y otros/Comisión (C-133/12 P, EU:C:2013:336), punto 41. Recientemente citadas también en la sentencia de 28 de noviembre de 2019, Banco Cooperativo Español/JUR (T-323/16, EU:T:2019:822), apartado 51.

³² Véanse las sentencias de 6 de noviembre de 1990, Weddel/Comisión (C-354/87, EU:C:1990:371), apartado 19, y de 13 de octubre de 2011, Deutsche Post y Alemania/Comisión (C-463/10 P y C-475/10 P, EU:C:2011:656), apartado 70.

³³ Véanse, en este sentido, las sentencias de 13 de marzo de 2008, Comisión/Infront WM (C-125/06 P, EU:C:2008:159), apartado 62, y de 17 de febrero de 2011, FIFA/Comisión (T-385/07, EU:T:2011:42), apartado 41.

nacionales era extremadamente secundario y de carácter burocrático³⁴ o puramente mecánico,³⁵ o cuando los Estados miembros adoptaban meras medidas auxiliares adicionales al acto de la Unión impugnado.³⁶

63. Además, los tribunales de la Unión han declarado también que la cuestión de si un acto de la Unión afecta directamente a un recurrente que no es destinatario de aquel se ha de apreciar «teniendo en cuenta el objeto de dicho acto».³⁷ Esto significa que carece de pertinencia si otros efectos del acto de la Unión impugnado solo pueden producirse, en la práctica, *tras* la adopción de medidas de ejecución, siempre que los efectos jurídicos invocados por el recurrente se deriven directa y automáticamente de dicho acto.³⁸

64. En mi opinión, el Tribunal General captó correctamente en una de sus anteriores resoluciones la lógica que subyace a dicha jurisprudencia: «en caso de que una institución dirija un acto [de la Unión] a un Estado miembro, si la acción que debe poner en práctica el Estado miembro como consecuencia del acto tiene carácter automático, o si, de todas formas, *el resultado no plantea dudas*, el acto afecta entonces a cualquier persona respecto de la cual surte efectos tal acción. [...] En otras palabras, el efecto de la medida de que se trata no debe depender del ejercicio de una facultad discrecional por un tercero, salvo que sea evidente que tal facultad solo debe ejercitarse en un sentido determinado.»³⁹

65. Una vez más, como ya he recalcado,⁴⁰ la idea fundamental de este planteamiento es que la sustancia prevalece sobre el fondo: si, a continuación de la adopción del acto de la Unión y como consecuencia directa de ello, el acto que posteriormente adopten las autoridades nacionales es un resultado que no plantea dudas, sería excesivamente formalista afirmar que, pese a todo, el particular ha de esperar semanas, meses o incluso años en esa situación para poder impugnar, esta vez mediante una petición de decisión prejudicial, el contenido del acto que ya se conocía.⁴¹

66. Es a la luz de estos principios como debe valorarse la motivación que contienen los apartados 111 a 123 del auto recurrido.

67. Ante el Tribunal General, la recurrente alegó que el acto impugnado tendría un triple efecto sobre su situación jurídica, al hacer que le fuesen aplicables tres disposiciones que le impondrían nuevas obligaciones. Se trata las disposiciones relativas a: i) separación; ii) acceso de terceros,

³⁴ Véase la sentencia de 13 de mayo de 1971, *International Fruit Company y otros/Comisión* (41/70 a 44/70, EU:C:1971:53), apartados 23 a 26. En este sentido, véase también la sentencia de 28 de noviembre de 2019, *Banco Cooperativo Español/JUR* (T-323/16, EU:T:2019:822), apartados 60 a 63.

³⁵ Véanse, en este sentido, las sentencias de 17 de septiembre de 2009, *Comisión/Koninklijke FrieslandCampina* (C-519/07 P, EU:C:2009:556), apartado 49, de 26 de septiembre de 2000, *Starway/Consejo* (T-80/97, EU:T:2000:216), apartados 61 a 65, y de 1 de julio de 2009, *ISD Polska y otros/Comisión* (T-273/06 y T-297/06, EU:T:2009:233), apartado 68.

³⁶ Véanse, en este sentido, las sentencias de 29 de junio de 1994, *Fiskano/Comisión* (C-135/92, EU:C:1994:267), apartado 27, y de 25 de octubre de 2011, *Microban International y Microban (Europe)/Comisión* (T-262/10, EU:T:2011:623), apartado 29.

³⁷ Sentencia de 3 de abril de 2003, *Royal Philips Electronics/Comisión* (T-119/02, EU:T:2003:101), apartado 276.

³⁸ *Ibid.*, apartados 277 a 281. Véase también la jurisprudencia citada en la nota 21.

³⁹ Auto de 10 de septiembre de 2002, *Japan Tobacco y JT International/Parlamento y Consejo* (T-223/01, EU:T:2002:205), apartado 46. El subrayado es mío.

⁴⁰ Véanse los puntos 45 a 47 de las presentes conclusiones.

⁴¹ Ciertamente, tal decisión podría tomarse también como una cuestión de política judicial. La idea subyacente a este respecto sería, en esencia, que cualquier tipo de cuestión sobre la validez de los actos de la Unión que requiriese alguna intervención nacional en el futuro, por marginal que fuese, se canalizase en la práctica hacia el Tribunal de Justicia por la vía de la decisión prejudicial sobre la validez de los actos con arreglo al artículo 267 TFUE, en lugar de permitir que llegasen al Tribunal General en virtud del artículo 263 TFUE, párrafo cuarto. En sentido crítico sobre la conveniencia de tal forma de gestionar la afluencia de los asuntos en vista de la actual estructura institucional de los tribunales de la Unión, véanse mis conclusiones presentadas en el asunto *Région de Bruxelles-Capitale/Comisión* (C-352/19 P, EU:C:2020:588), puntos 137 a 147, o en los asuntos acumulados *Alemania y Hungría/Comisión y Comisión/Ville de Paris y otros* (C-177/19 P a C-179/19 P, EU:C:2021:476), puntos 108 y 109.

y iii) regulación de tarifas. Asimismo, la recurrente adujo que, si bien la Directiva del gas incluía en los artículos 36 y 49 *bis* la posibilidad de conceder, respectivamente, exenciones y excepciones⁴² a la aplicación de dichas normas, se trataba de disposiciones claramente no aplicables a su situación.

68. Así pues, la cuestión fundamental es si el Tribunal General consideró acertadamente que *ninguno* de los *tres* tipos de efectos jurídicos objeto de las quejas de la recurrente emanaban directamente del acto impugnado.

69. En primer lugar, conviene iniciar el análisis centrándose en un elemento del que el Tribunal General se ocupó apenas tangencialmente pero que, en mi opinión, reviste gran relevancia para los tres aspectos invocados por la recurrente. En los apartados 119 a 123 del auto recurrido, el Tribunal General declaró que, para determinar si el acto impugnado afecta directamente a la recurrente, es irrelevante que a dicha sociedad no le pueda ser concedida una exención o una excepción como las previstas, respectivamente, en los artículos 36 y 49 *bis* de la Directiva del gas. En esencia, el Tribunal General afirmó que, aunque las disposiciones del acto impugnado no sean aplicables a la recurrente, esta podría haber solicitado, no obstante, la exención o la excepción y haber recurrido después ante los órganos jurisdiccionales nacionales la decisión o decisiones denegatorias y, al hacer esto, haber alegado la invalidez del acto de la Unión, suscitando así una decisión prejudicial sobre la validez del acto impugnado.

70. Estas declaraciones parecen subestimar de forma apreciable la importancia general de las reglas relativas a la concesión de excepciones.

71. Lógicamente, si la recurrente, que ya había comenzado a construir una infraestructura a la que se había de aplicar la nueva legislación, pudiese estar exenta de la aplicación del nuevo régimen jurídico mediante una decisión discrecional de las autoridades nacionales, la posibilidad de que el acto impugnado la afectase directamente podría desvanecerse. En efecto, en tal caso sería razonable contemplar la posibilidad de que las autoridades nacionales competentes concediesen la excepción discrecional. En consecuencia, la valoración de la posible aplicabilidad de los artículos 36 y 49 *bis* de la Directiva del gas a la recurrente adquiere clara relevancia en el presente asunto.

72. De este modo, resultan sorprendentes las afirmaciones del Tribunal General a este respecto. Para empezar, no son compatibles con la jurisprudencia citada en los puntos 61 a 65 de las presentes conclusiones, según la cual la afectación directa queda excluida por la existencia de un *auténtico* margen de apreciación para las autoridades nacionales.

73. De nuevo, desde un punto de vista más estructural, no parece razonable (aparte de ser gravoso y costoso en tiempo y dinero) obligar a una sociedad a instar una decisión de las autoridades nacionales cuando la respuesta solo puede ser negativa, a fin de poder impugnar una disposición clara y taxativa contenida en un acto de la Unión. El «sistema completo de vías de recurso y de procedimientos» al que se refiere el Tribunal General en el apartado 120 del auto recurrido no ha de convertirse en una carrera de obstáculos para los demandantes. Se trata de un sistema basado en una división racional y constitucionalmente orientada de las funciones entre los órganos

⁴² En aras de la claridad, debe señalarse que, mientras algunas versiones lingüísticas del Reglamento usan diferentes términos para referirse a esas dos situaciones (como, en la versión inglesa, «derogation» y «exemption» y, en la versión alemana, «Ausnahme» y «Abweichung»), otras versiones lingüísticas utilizan un mismo término (como, en la versión francesa, «dérogation» y, en la versión italiana, «deroga»).

jurisdiccionales nacionales y de la Unión. En pocas palabras, es la «paternidad» del acto que realmente afecta al demandante lo que determina el tribunal ante el cual debe impugnar dicho acto.

74. En el presente asunto, por lo que se refiere a los artículos 36 y 49 *bis* de la Directiva del gas, dicha paternidad solo se le puede atribuir al legislador de la Unión. Ninguna de las opciones que ofrecen dichas disposiciones parece aplicable a la recurrente. El legislador de la Unión decidió que: i) la excepción solo estuviera disponible para los gasoductos de transporte entre un Estado miembro y un tercer país «que se hayan terminado antes del 23 de mayo de 2019», y ii) la exención solo estuviera disponible para grandes proyectos de infraestructuras respecto a los cuales no se ha tomado una decisión definitiva de inversión.⁴³ De hecho, en la fecha de adopción del acto impugnado (17 de abril de 2019), el gasoducto Nord Stream 2 había superado la fase previa a la inversión,⁴⁴ pero no se iba a concluir, y mucho menos iba a comenzar a funcionar, antes del 23 de mayo de 2019.⁴⁵

75. Por lo tanto, aunque las mencionadas disposiciones conceden cierta libertad a las autoridades nacionales para conceder exenciones o excepciones a determinados gestores en el futuro, no es este el caso de la recurrente. A este respecto, la aplicabilidad (o no) de estas disposiciones está completamente predeterminada por las disposiciones de la Unión, pues las autoridades nacionales *carecen de todo margen de maniobra* y deben actuar como *longa manus* de la Unión. A este respecto, quisiera recordar que la mera existencia, en abstracto, de excepciones o exenciones a las normas establecidas en un acto de la Unión no puede tener incidencia alguna en la posición de un demandante si es evidente que este no puede acogerse a ellas.⁴⁶

76. En segundo lugar, dado que la recurrente no se puede sustraer a la aplicación de las disposiciones de la Directiva del gas en virtud de una exención o excepción, procede aclarar si las obligaciones que le impone ahora dicha Directiva se derivan de la adopción del acto impugnado o de los actos nacionales de aplicación de este.

77. La recurrente critica, en particular, que el acto impugnado extienda las obligaciones de separación establecidas en el artículo 9 de la Directiva del gas. El Tribunal General no discutió que, en principio, el acto impugnado dio lugar a tal extensión, ampliando el ámbito de aplicación de la regla de la completa separación patrimonial establecida en el artículo 9, apartado 1, de la Directiva del gas.⁴⁷ Sin embargo, consideró que la extensión no procedía del acto impugnado, pues los Estados miembros estaban facultados para elegir entre dos alternativas de completa separación patrimonial: el modelo del «gestor de red independiente» (o «ISO»)⁴⁸ y el modelo del «gestor de transporte independiente» (o «ITO»),⁴⁹ contemplados respectivamente en los apartados 8 y 9 del artículo 9 de la Directiva del gas.

⁴³ Una de las condiciones para la exención, con arreglo al artículo 36, apartado 1, letra b), de la Directiva del gas, es que «el nivel de riesgo inherente a la inversión es tal que esta no se llevaría a cabo de no concederse la exención».

⁴⁴ Esto es indiscutible, dado el avanzado estado de construcción del gasoducto. Según la recurrente, la decisión definitiva sobre la inversión principal se tomó en septiembre de 2015.

⁴⁵ Es decir, aproximadamente un mes después de la adopción del acto impugnado. Sobre el último aspecto, véase también la decisión de 20 de mayo de 2020, BK7-19-108, de la Bundesnetzagentur (Agencia Federal de Redes, Alemania).

⁴⁶ Véase la sentencia de 22 de junio de 2021, Venezuela/Consejo (C-872/19 P, EU:C:2021:507), apartado 90.

⁴⁷ Esta regla implica una completa separación entre la propiedad y gestión de las redes de transporte de gas, por un lado, y las actividades de producción y suministro de gas, por otro.

⁴⁸ En el modelo ISO (previsto en el artículo 14 de la Directiva del gas), la red de transporte pertenece a una empresa integrada verticalmente, pero el gestor de la red de transporte debe ser una entidad independiente.

⁴⁹ En el modelo ITO (previsto en el capítulo IV de la Directiva del gas), una empresa integrada verticalmente es propietaria de una entidad jurídicamente diferente (el ITO), que es la propietaria de la red de transporte y la gestiona. Esta última entidad debe actuar con independencia de la empresa verticalmente integrada.

78. La apreciación del Tribunal General según la cual, con arreglo al artículo 9 de la Directiva del gas, los Estados miembros disponen de tres opciones para lograr la separación es indudablemente correcta. Así lo reconoció la propia recurrente.⁵⁰ Sin embargo, esta apreciación no entra a valorar el verdadero argumento formulado por la recurrente.

79. La recurrente no se opone solamente a la completa separación patrimonial: considera ilícitos tanto el *resultado* que exige alcanzar el artículo 9 de la Directiva del gas (la separación) como los tres *métodos* para alcanzar ese resultado (completa separación, ISO o ITO).

80. A este respecto, no es objeto de debate que, *independientemente de la opción elegida* en último término por las autoridades nacionales, la situación jurídica de la recurrente se verá inevitablemente alterada. En efecto, la recurrente tendrá que: i) vender todo el gasoducto Nord Stream 2; ii) vender la parte del gasoducto sometida a la jurisdicción alemana, o iii) transferir la propiedad del gasoducto a una filial separada. Al margen de las diferencias entre estos tres modelos, todos exigen una transmisión de propiedad y/o de la gestión del gasoducto o parte de él, con la consiguiente necesidad de que la recurrente modifique su estructura empresarial.

81. En tales circunstancias, y teniendo en cuenta la singular situación, me veo obligado a concluir que es el acto impugnado lo que afecta inmediatamente a la situación de la recurrente, y no las (posteriores) medidas de transposición. La forma en que se ve afectada la recurrente está taxativamente regulada en el acto impugnado. Los Estados miembros carecen de todo margen de apreciación en cuanto al resultado que se ha de lograr. Únicamente disponen de una capacidad (limitada) de elección en cuanto a la forma de alcanzarlo, optando por uno de los tres modelos de separación previstos por el legislador de la Unión. Sin embargo, al margen de cuál de los tres modelos elijan, la recurrida se verá afectada. En conclusión, los Estados miembros carecen de discrecionalidad respecto a si introducen o no el cambio y respecto al resultado, pues solamente pueden elegir entre tres formas predeterminadas de hacerlo.

82. Así pues, el presente caso constituye una de las situaciones⁵¹ en que los órganos jurisdiccionales de la Unión han apreciado reiteradamente la afectación directa. En este sentido, no comprendo por qué este caso ha de diferir, por ejemplo, del que examinaron los órganos jurisdiccionales de la Unión en el asunto Infront,⁵² invocado por la recurrente ante el Tribunal General. En una afirmación ciertamente apodíctica, el Tribunal General declaró que aquel asunto difería del presente desde el punto de vista jurídico y fáctico, dado que en él se trataba de una decisión (y no de una directiva), y que la situación del presente asunto «no es atípica».⁵³

83. No tengo claro qué quiso decir el Tribunal General cuando calificó la situación del presente asunto como «no atípica» y qué relevancia tiene este aspecto a efectos del artículo 263 TFUE.⁵⁴ Una vez más, en mi opinión, lo importante es si se admite que el nombre y la forma de un acto

⁵⁰ Véase el apartado 113 del auto recurrido.

⁵¹ Mencionadas en los puntos 61 a 65 de las presentes conclusiones.

⁵² Sentencia de 15 de diciembre de 2005, Infront WM/Comisión (T-33/01, EU:T:2005:461).

⁵³ Apartado 117 del auto recurrido.

⁵⁴ Si el Tribunal General quería decir que la Directiva impugnada era una *auténtica* directiva, y no una decisión encubierta (como alega el Consejo en el presente recurso de casación), simplemente me remitiré a la jurisprudencia según la cual «el mero hecho de que las disposiciones controvertidas formen parte de un acto de alcance general *constitutivo de una verdadera directiva y no de una decisión adoptada bajo la apariencia de directiva*, en el sentido del [artículo 263 TFUE, párrafo cuarto], no basta por sí solo para excluir la posibilidad de que dichas disposiciones puedan afectar directa e individualmente a un particular». Véase la sentencia de 2 de marzo de 2010, Arcelor/Parlamento y Consejo (T-16/04, EU:C:2010:54), apartado 94 y jurisprudencia citada. El subrayado es mío.

apenas tienen relevancia para dicha disposición. Si es así, la única cuestión decisiva es si el supuesto impacto en la situación jurídica de la recurrente es resultado del acto de la Unión impugnado o de un acto de aplicación posterior.

84. Con este trasfondo, la apreciación del Tribunal General en el apartado 118 del auto recurrido, según la cual el acto impugnado no afectaba directamente a la recurrente debido a que la disposición sobre la separación requería de medidas nacionales de aplicación, está viciada por un error de Derecho.

85. Habida cuenta de todo lo expuesto, dado que en mi opinión no es correcto ninguno de los dos conjuntos de razones aportadas por el Tribunal General en el auto recurrido para excluir la afectación directa (que el acto impugnado es una directiva y que la disposición sobre la separación no afecta inmediatamente a la situación jurídica de la recurrente), llego a la conclusión de que el Tribunal General incurrió en error de Derecho cuando, en el apartado 116 del auto recurrido, declaró que la recurrente no estaba directamente afectada, con la consiguiente conclusión errónea acerca de la legitimación pasiva en virtud del artículo 263 TFUE en el apartado 124 del auto recurrido.

86. De por sí, estos errores de Derecho bastan para anular el punto 4 de la parte dispositiva del auto recurrido, que desestimó el recurso por inadmisibile. Sin embargo, en aras de la integridad y para asistir plenamente al Tribunal de Justicia en el presente recurso de casación, voy a ocuparme también de la otra alegación formulada por la recurrente en su primer motivo de casación.

c) La no valoración de otros argumentos de la recurrente

87. Ante el Tribunal General, la recurrente alegó que el acto impugnado afectaba directamente a su situación jurídica, debido a que de él se derivaban, en particular, tres tipos de efectos: aparte de imponer una obligación de separación, analizada en la sección anterior de las presentes conclusiones, también exige a la recurrente la aplicación de normas de acceso de terceros y de regulación de tarifas. En todas sus alegaciones ante el Tribunal General (y, en particular, en su recurso y sus observaciones sobre las excepciones de inadmisibilidad de los recurridos), la recurrente se refiere continuamente a los efectos (supuestamente perjudiciales) que en su situación se derivan de la aplicación de esas tres disposiciones.

88. En el auto recurrido, el Tribunal General reconoció que era así,⁵⁵ pero a continuación rechazó la existencia de afectación directa atendiendo únicamente a las disposiciones sobre la separación. No examinó si (al margen de los efectos que, según la recurrente, se derivan de dichas disposiciones) la situación jurídica de la recurrente podía verse afectada por las disposiciones sobre el acceso de terceros y/o la regulación de tarifas.

89. Lejos de tratarse de consideraciones auxiliares que pudieran ser desatendidas o desestimadas implícitamente por el Tribunal General, los argumentos desarrollados por la recurrente sobre el acceso de terceros y la regulación de tarifas constituían dos de los tres elementos en que se articulaba su explicación de por qué el acto impugnado la afectaba directamente. Cada uno de esos tres elementos podía ser suficiente, de manera individual, para justificar la apreciación de la afectación directa. En particular, al margen de la forma de separación finalmente elegida por las autoridades nacionales, nada cambiaba en cuanto a las obligaciones de acceso de terceros y de regulación de tarifas impuestas a la recurrente.

⁵⁵ Véanse los apartados 96 y 98 del auto recurrido.

90. En tales circunstancias, inevitablemente el auto recurrido queda también viciado por una falta de motivación, un error de Derecho que es de orden público. Así pues, este puede ser⁵⁶ apreciado de oficio por el Tribunal de Justicia,⁵⁷ especialmente cuando se refiere a la admisibilidad de un recurso ante el Tribunal General.⁵⁸

91. En consecuencia, al margen de los errores de Derecho antes apreciados en cuanto a la interpretación y aplicación de las disposiciones sobre la separación (artículo 9 de la Directiva del gas) y sobre las excepciones y exenciones (respectivamente, artículos 49 *bis* y 36 de la misma Directiva), el punto 4 de la parte dispositiva del auto recurrido debe ser anulado por falta de motivación.

92. Además, si el Tribunal General hubiese valorado debidamente las disposiciones sobre el acceso de terceros y la regulación de tarifas, habría llegado a la conclusión de que estas también afectan directamente a la recurrente.

93. Una vez más, es cierto (como señalan los recurridos y los coadyuvantes) que las disposiciones tanto del artículo 32 como del artículo 41 de la Directiva del gas exigen a los Estados miembros que «garanticen» su aplicación.

94. Sin embargo, también a este respecto, difícilmente se puede rebatir que la recurrente no se opone a las formas concretas en que se llevarán a efecto las obligaciones derivadas de dichas disposiciones. Lo que impugna la recurrente es el contenido mismo de las obligaciones que se le imponen a resultas de la adopción del acto impugnado.

95. Brevemente, el artículo 32 de la Directiva del gas exige a los gestores de redes de transporte que permitan a los posibles clientes acceder a sus capacidades, de forma no discriminatoria, sobre la base de tarifas publicadas. Por su parte, el artículo 41, apartados 6, 8 y 10, de la misma Directiva dispone, en esencia, que las tarifas aplicadas por los gestores de redes de transporte por el uso de sus capacidades de transporte sean aprobadas por la autoridad reguladora nacional del Estado miembro correspondiente.

96. En virtud de estas disposiciones, en la medida por ellas prevista, la recurrida se verá legalmente impedida de actuar como un operador normal en el mercado, que elige a sus clientes y fija sus precios con libertad. De este modo, la recurrente debe afrontar una serie de nuevas restricciones legales que limitan su derecho de propiedad y su libertad de empresa. Las restricciones son nuevas, habida cuenta de que la legislación vigente en el momento de la inversión, cuando se comenzó a construir la infraestructura y cuando la recurrente celebró contratos para su financiación y su futura explotación,⁵⁹ no imponía un acceso de terceros obligatorio ni la aprobación de las tarifas por el regulador nacional.

⁵⁶ La recurrente ha señalado debidamente el error del Tribunal General a este respecto dentro de sus argumentos relativos a la errónea interpretación y aplicación del artículo 263 TFUE, párrafo cuarto, aunque no lo ha calificado de «falta de motivación». Véase el punto 67 de las presentes conclusiones.

⁵⁷ Véase, en este sentido, la sentencia de 20 de diciembre de 2017, EUIPO/European Dynamics Luxembourg y otros (C-677/15 P, EU:C:2017:998), apartado 36 y jurisprudencia citada.

⁵⁸ Véase, en particular, el auto de 5 de septiembre de 2013, ClientEarth/Consejo (C-573/11 P, no publicado, EU:C:2013:564), apartado 20.

⁵⁹ En particular, me refiero al «Contrato de transporte de gas» celebrado el 7 de marzo de 2017 con Gazprom export LLC, y a los «Contratos de financiación de deuda a largo plazo» celebrados en abril y junio de 2017 con Gazprom, Engie S.A., OMV AG, Royal Dutch Shellplc, Uniper SE y Wintershall Dea GmbH. Se han presentado al Tribunal General extractos relevantes de dichos contratos.

97. Todo esto no significa que, cuando una empresa hace una inversión y se prepara para acceder a un mercado donde rige una determinada normativa, por cuantiosa que sea dicha inversión, el legislador no pueda en modo alguno modificar la normativa. Sin duda, esto no es así.

98. Sin embargo, la valoración de si son razonables los cambios introducidos, que generan nuevas obligaciones y restricciones antes inexistentes, constituye una valoración relativa *al fondo* de la acción ejercitada por la recurrente. En cuanto a la *admisibilidad*, la única cuestión pertinente es si dichas obligaciones y restricciones emanan directamente del acto impugnado, no si son razonables o están justificadas. ¿Afectan, de por sí, a la situación jurídica y económica de la recurrente y a su capacidad de cumplir con las obligaciones derivadas de acuerdos previos,⁶⁰ independientemente de las medidas que eventualmente se adopten en el ámbito nacional?

99. Por último, debo abordar dos argumentos adicionales formulados por los recurridos y los coadyuvantes.

100. En primer lugar, no se puede sostener el argumento del Gobierno polaco según el cual la situación jurídica de la recurrente no se puede ver afectada por el acto impugnado porque la Directiva del gas ya era aplicable a gasoductos como Nord Stream 2. A mi parecer, es evidente que dicho gasoducto (que conecta un Estado miembro, Alemania, con un tercer país, Rusia) no estaba comprendido en la anterior definición de «interconector» establecida en el artículo 2, punto 17, de la Directiva del gas, en su versión original. La definición legal hablaba de «una línea de transporte que cruza o supera una frontera entre Estados miembros con el único fin de conectar las redes de transporte nacionales de dichos Estados miembros».

101. Así pues, el acto impugnado amplió esta definición de manera que comprendiese también «un gasoducto de transporte entre un Estado miembro y un tercer país hasta el territorio del Estado miembro o el mar territorial de dicho Estado miembro».⁶¹ Además, el propio tenor del acto impugnado parece contradecir el argumento del Gobierno polaco según el cual, con arreglo al considerando 3, dicho acto tiene por objeto «reducir los obstáculos a la plena realización del mercado interior del gas natural que se derivan de la *inaplicabilidad* de las normas de mercado de la Unión a los *gasoductos de transporte con destino u origen en terceros países*».⁶²

102. En segundo lugar, tampoco encuentro convincente el argumento del Parlamento y el Gobierno polaco relativo a la supuesta falta de repercusión para la recurrente, habida cuenta de que sus actividades comerciales aún no han comenzado. La Directiva del gas, que se hizo aplicable a la recurrente mediante el acto impugnado, no solo regula las actividades de las empresas que actualmente operan en el mercado, sino también de las que pretenden acceder a él. Por ejemplo, los artículos 36 y 49 *bis* de la Directiva del gas regulan situaciones en las que una sociedad aún no ha comenzado a prestar sus servicios. El primero de ellos, en particular, se refiere a situaciones en que todavía no se ha iniciado la construcción de las infraestructuras.

103. Sin embargo (lo que quizá sea más significativo desde el punto de vista de la realidad económica básica), los gasoductos no son clementinas.⁶³ Un proyecto de infraestructuras de tal envergadura no es una actividad económica que se comience de la noche a la mañana. En el

⁶⁰ Véanse, *mutatis mutandis*, las conclusiones del Abogado General Bot presentadas en el asunto Sahlstedt y otros/Comisión (C-362/06 P, EU:C:2008:587), puntos 66 a 76.

⁶¹ El subrayado es mío.

⁶² El subrayado es mío.

⁶³ Sentencia de 15 de julio de 1963, Plaumann/Comisión (25/62, EU:C:1963:17), aunque en ese asunto la naturaleza de la actividad comercial sí tuviese relevancia más bien para el concepto de afectación individual.

presente caso, dados el avanzado estado de construcción del gasoducto y la cuantiosa inversión efectuada por la recurrente a lo largo de muchos años, el acto impugnado tendrá múltiples consecuencias en la estructura empresarial de la recurrente y en la forma en que esta pueda desarrollar sus negocios. Algunos de estos cambios exigidos a la recurrente habrán de llevarse a efecto necesariamente *antes* de que hayan comenzado siquiera sus actividades comerciales. En consecuencia, no se puede afirmar que el impacto sea meramente hipotético o que, en cualquier caso, esté vinculado a acontecimientos futuros.

104. Habida cuenta de las consideraciones anteriores, estimo que la segunda parte del primer motivo de casación de la recurrente también es fundada. El Tribunal General interpretó erróneamente el artículo 9 de la Directiva del gas, omitió valorar la relevancia de sus artículos 36 y 49 *bis* y pasó por alto la repercusión de sus artículos 32 y 41. Estas disposiciones generan nuevas obligaciones para la recurrente, cuyo contenido esencial (que es, por cierto, el auténtico objeto de impugnación por parte de la recurrente⁶⁴) no puede verse sustancialmente alterado por las medidas nacionales de aplicación.

105. Por lo tanto, llego a la conclusión de que se ha de considerar que el acto impugnado afecta directamente a la recurrente.

B. Segundo motivo de casación

106. El segundo motivo de casación se dirige contra los apartados 38 a 72 y 125 a 135 del auto recurrido.

107. En los apartados 38 a 72 del auto recurrido, el Tribunal General se ocupó de la demanda de incidente procesal, presentada por el Consejo.⁶⁵ Ordenó que se excluyesen de los autos dos de los documentos rebatidos por el Consejo (anexos A.14 y O.20). Asimismo, declaró que los pasajes de dichos documentos reproducidos en las observaciones de la recurrente no debían tenerse en cuenta. En cambio, resolvió que no había necesidad de pronunciarse sobre la exclusión de un tercer documento (las Directrices de negociación), dado que este no se había presentado.

108. A continuación, en los apartados 125 a 135 del auto recurrido, el Tribunal General se ocupó de la solicitud de una diligencia de ordenación del procedimiento formulada por la recurrente, en la que instaba al Tribunal General a requerir a los recurridos la presentación de una versión no editada de determinados documentos.⁶⁶ En primer lugar, el Tribunal General decidió que no era necesario pronunciarse sobre esta cuestión. Observó que con los documentos en cuestión se pretendía demostrar que el acto impugnado afectaba individualmente a la recurrente. Sin embargo, consideró que el recurso debía desestimarse por inadmisibile, sin necesidad de examinar el requisito de la afectación individual.

109. Acto seguido, el Tribunal General examinó la petición del Consejo de que se excluyesen de los autos dos de los documentos de la recurrente adjuntos a su solicitud de una diligencia de ordenación del procedimiento (los documentos alemanes no editados). Consideró que la petición era fundada.

⁶⁴ Véanse, en sentido similar, las conclusiones del Abogado General Bot presentadas en el asunto Comisión/Infront WM (C-125/06, EU:C:2007:611), punto 84.

⁶⁵ Véanse los puntos 16 y 17 de las presentes conclusiones.

⁶⁶ Véanse los puntos 18 y 19 de las presentes conclusiones.

110. En su recurso de casación, la recurrente alega que el Tribunal General incurrió en error de Derecho al ordenar: i) la exclusión de los anexos controvertidos de los autos, y ii) que no se tuvieran en cuenta los pasajes de su recurso que reproducían fragmentos de dos de dichos anexos.

1. Alegaciones de las partes

111. La recurrente alega que el Tribunal General incurrió en error de Derecho, en esencia, al basar su razonamiento íntegramente en la aplicación de las normas de acceso a los documentos que contiene el Reglamento n.º 1049/2001. Aunque este instrumento proporciona una cierta orientación en cuanto a los intereses que han de considerar los tribunales de la Unión cuando se pronuncien sobre la admisibilidad de las pruebas presentadas en un procedimiento en curso, no se puede aplicar *ipso facto* a tales situaciones. El Tribunal General debió haber valorado la admisibilidad de los anexos controvertidos teniendo en cuenta también otros (y diferentes) intereses aparte de los previstos en el Reglamento n.º 1049/2001. En particular, una reiterada jurisprudencia requiere que los órganos jurisdiccionales de la Unión examinen si los documentos presentados por una parte son relevantes, o incluso decisivos, para la resolución del litigio.

112. El Consejo considera que este motivo de casación es inadmisibile, ya que con él la recurrente pretende, en esencia, que el Tribunal de Justicia revise una apreciación de los hechos realizada por el Tribunal General: si la presentación de los anexos controvertidos era pertinente y necesaria. Además, las dos partes recurridas (apoyadas por los coadyuvantes) aducen que este motivo es infundado, pues el Tribunal General aplicó correctamente los principios de admisibilidad de las pruebas que se derivan de la jurisprudencia de los tribunales de la Unión. Recalcan que los anexos controvertidos eran documentos internos que nunca se han revelado al público.

2. Análisis

113. Para empezar, el argumento del Consejo relativo a la inadmisibilidad del segundo motivo de casación debe ser rechazado. La recurrente no solicita al Tribunal de Justicia que revise la valoración del Tribunal General sobre la relevancia de los anexos controvertidos, sino que critica la legislación aplicada para valorar la admisibilidad de los documentos de que se trata. Esta constituye una cuestión de Derecho y, como tal, es susceptible de revisión en casación.

114. En cuanto a la sustancia del segundo motivo de casación, estoy de acuerdo con la recurrente. El Tribunal General incurrió en error de Derecho cuando examinó si los anexos controvertidos podían admitirse como prueba.

115. Para explicar esta conclusión, voy a empezar resumiendo los principios que rigen la presentación de pruebas ante los órganos jurisdiccionales de la Unión, destacando el talante abierto de las disposiciones y la jurisprudencia pertinentes [letra a)]. A continuación, me ocuparé de las posibles excepciones a este régimen, para lo cual puede extraerse alguna orientación limitada de las disposiciones del Reglamento n.º 1049/2001 [letra b)]. Acto seguido, recalcaré otra diferencia muy importante que existe entre el régimen de acceso a los documentos y el de presentación de pruebas ante los órganos jurisdiccionales de la Unión: las consecuencias de la divulgación de documentos [letra c)]. Con este trasfondo expondré entonces las razones concretas por las que, en el auto recurrido, el Tribunal General incurrió en error de Derecho al considerar la admisibilidad de los anexos controvertidos [letra d)]. Por último, me pronunciaré brevemente sobre la relevancia de dichos anexos en el presente procedimiento [letra e)].

a) *El abierto talante general en cuanto a la admisibilidad de las pruebas*

116. El Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea no contiene ninguna disposición específica sobre la admisibilidad de las pruebas presentadas por las partes. No obstante, su artículo 24 establece que el Tribunal de Justicia podrá pedir a las partes que presenten *todos los documentos y faciliten todas las informaciones* que estime convenientes. Además, el Tribunal de Justicia puede pedir también a los Estados miembros y a las instituciones, órganos y organismos de la Unión, aunque no sean parte en el litigio, *todas las informaciones* que considere necesarias a efectos procesales.

117. De igual manera, ni en el Reglamento de Procedimiento del Tribunal General ni en el del Tribunal de Justicia se hallan disposiciones generales sobre la admisibilidad o no de las clases de prueba. Allí solo se regula el cuándo y el cómo (pero no el qué) de la presentación de pruebas por las partes o de su obtención por el Tribunal de Justicia.

118. En consecuencia, el Tribunal de Justicia ha declarado reiteradamente que «el principio de igualdad de armas, que es un corolario del concepto mismo de proceso justo, implica la obligación de ofrecer a cada parte una oportunidad razonable de presentar su causa, *incluidas sus pruebas*, en condiciones que no la coloquen en una situación de clara desventaja con respecto a su adversario». ⁶⁷ Asimismo, el Tribunal de Justicia ha afirmado que «el principio que prevalece en el Derecho de la Unión es el de la *libre apreciación de la prueba*», y que «lo único decisivo en cuanto a la valoración de una prueba es la fiabilidad de esta ante el Tribunal de Justicia». ⁶⁸

119. Otra jurisprudencia más específica confirma que no hay ninguna prohibición *a priori* respecto a determinadas *formas* u *orígenes* de las pruebas. ⁶⁹ En cuanto a la *forma* de obtener la prueba, los tribunales de la Unión han aclarado que, por lo común, solo se pueden presentar libremente las pruebas lícitamente obtenidas, ⁷⁰ en consonancia con el principio jurídico generalmente admitido de *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*. Sin embargo, de forma análoga a otras jurisdicciones supremas, ⁷¹ los tribunales de la Unión no han descartado que, excepcionalmente, se puedan también admitir pruebas obtenidas de forma ilícita (o irregular). ⁷² Esto es especialmente cierto en los casos en los que no se ha cuestionado la autenticidad de los documentos, ⁷³ y cuando no se ha acreditado que la parte que presenta la prueba sea la que se ha hecho ilegalmente con ella. ⁷⁴

⁶⁷ Véase la sentencia de 16 de mayo de 2017, *Berlioz Investment Fund* (C-682/15, EU:C:2017:373), apartado 96 y jurisprudencia citada.

⁶⁸ Véase, recientemente, el auto de 12 de junio de 2019, *OY/Comisión* (C-816/18 P, no publicado, EU:C:2019:486), apartado 6 y jurisprudencia citada. El subrayado es mío.

⁶⁹ Véanse, en este sentido, las sentencias de 29 de febrero de 1996, *Lopes/Tribunal de Justicia* (T-280/94, EU:T:1996:28), apartados 56 a 59; de 6 de septiembre de 2013, *Persia International Bank/Consejo* (T-493/10, EU:T:2013:398), apartado 95, y de 12 de septiembre de 2013, *Besselink/Consejo* (T-331/11, no publicada, EU:T:2013:419), apartados 11 y 12 y jurisprudencia citada. Véanse también, por analogía, las sentencias de 25 de enero de 2007, *Dalmine/Comisión* (C-407/04 P, EU:C:2007:53), apartados 46 a 51, y de 1 de julio de 2008, *Suecia y Turco/Consejo* (C-39/05 P y C-52/05 P, EU:C:2008:374), apartado 57.

⁷⁰ Véase, por analogía, la sentencia de 26 de septiembre de 2018, *Infineon Technologies/Comisión* (C-99/17 P, EU:C:2018:773), apartado 65 y jurisprudencia citada.

⁷¹ Véase, con citas de la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia sobre esta misma cuestión, Quintana, J. J., *Litigation at the International Court of Justice*, Leiden, Brill, 2015, p. 385.

⁷² Véanse, en particular, la sentencia de 12 de mayo de 2015, *Dalli/Comisión* (T-562/12, EU:T:2015:270), apartados 47 y 48 y jurisprudencia citada, y los autos de 23 de marzo de 2017, *Troszczynski/Parlamento* (T-626/16, no publicado, EU:T:2017:237), apartados 27 y 28, y de 23 de marzo de 2017, *Gollnisch/Parlamento* (T-624/16, no publicado, EU:T:2017:243), apartados 27 y 28.

⁷³ Véase, en este sentido, la sentencia de 8 de noviembre de 2018, *QB/BCE* (T-827/16, EU:T:2018:756), apartado 67. Véase también, *a contrario*, la sentencia de 17 de diciembre de 1981, *Ludwigshafener Walzmühle Erling y otros/Consejo y Comisión* (197/80 a 200/80, 243/80, 245/80 y 247/80, EU:C:1981:311), apartado 16.

⁷⁴ Sentencias de 12 de mayo de 2015, *Dalli/Comisión* (T-562/12, EU:T:2015:270), apartado 49, y de 8 de noviembre de 2018, *QB/BCE* (T-827/16, EU:T:2018:756), apartados 68 a 72.

120. De lo anterior se deduce que, en principio, ante los tribunales de la Unión se puede presentar *cualquier* prueba.⁷⁵ Sin embargo, el órgano jurisdiccional de la Unión de que se trate puede tener en cuenta la existencia de *otros intereses* que, con carácter excepcional, puedan justificar la negativa a aceptar la prueba, y puede ponderar dichos intereses con los que abogan por su aceptación.

b) Excepciones relativas a la admisibilidad de las pruebas

121. Respecto a los intereses que pueden requerir protección (y que, por tanto, justifican excepciones al principio de libre presentación de pruebas), pueden ser ilustrativos aquellos que el legislador de la Unión menciona expresamente en el Reglamento n.º 1049/2001. Tal como ha declarado el Tribunal de Justicia, dicho instrumento reviste «cierto valor indicativo a efectos de la ponderación de los intereses en juego necesaria para pronunciarse» sobre solicitudes de exclusión de los autos de documentos presentados ante los tribunales de la Unión.⁷⁶

122. No obstante, aunque dicho instrumento establece un régimen completo y exhaustivo sobre el acceso a documentos, no es así en absoluto en relación con la presentación de pruebas. Los tribunales de la Unión pueden (y, en su caso, deben) tener en cuenta otros intereses («intrajudiciales» o «extrajudiciales»).

123. Por lo general, yo soy reacio a atender automáticamente o, cuando menos, en exceso, a las disposiciones del Reglamento n.º 1049/2001 a este respecto. No es por casualidad que este instrumento no sea aplicable a los documentos en poder del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y que las instituciones sometidas a él hayan de denegar el acceso a documentos «cuya divulgación suponga un perjuicio para la protección de [...] los procedimientos judiciales».⁷⁷

124. Es lógico que sea así. En efecto, la mayor parte de los sistemas jurídicos establecen regímenes de divulgación especiales en relación con los procedimientos judiciales. Así pues, es razonable que el legislador de la Unión decidiese que las reglas generales sobre el acceso a los documentos *no habían de interferir* con dichos regímenes especiales. Con mayor motivo ha de ser inconcebible admitir que un instrumento como el Reglamento n.º 1049/2001 *regule* de hecho la presentación de pruebas ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

125. Es cierto que ambas normativas (la del acceso a documentos y la de presentación de pruebas) se basan en un sistema similar de «regla general y excepción». La regla general es la divulgación, la excepción es la denegación. Sin embargo, aquí se termina cualquier paralelismo propiamente dicho entre los dos regímenes y, sobre todo, respecto al equilibrio general que cada uno de ellos persigue entre los valores e intereses contrapuestos.

126. Una y otra normativa: i) se refieren a actividades de distinto tipo y ii) persiguen objetivos diferentes, lo cual a su vez iii) requiere que las instituciones lleven a cabo una valoración diferente al decidir sobre la divulgación del documento de que se trate.

⁷⁵ Esta parece ser también la postura predominante entre los comentaristas jurídicos: véanse, en particular, Lasok, K. P.E., *The European Court of Justice: Practice and Procedure*, 2.ª ed., Buttersworth, 1994, p. 344; Barbier de la Serre, E., y Sibony, A.L., «Expert Evidence Before the EC Courts», *Common Market Law Review*, 2008, pp. 958 y 959, y Lenaerts, K., Maselis, I., y Gutman, K., *EU Procedural Law*, Oxford University Press, Oxford, 2014, pp. 768 y 769.

⁷⁶ Véanse, por ejemplo, la sentencia de 31 de enero de 2020, Eslovenia/Croacia (C-457/18, EU:C:2020:65), apartado 67, y el auto de 14 de mayo de 2019, Hungría/Parlamento (C-650/18, no publicado, EU:C:2019:438), apartados 9, 12 y 13.

⁷⁷ Artículo 4, apartado 2, del Reglamento n.º 1049/2001.

127. En primer lugar, no creo que sea necesario profundizar en por qué el acto de *revelar* un determinado documento al *público* no es comparable con el acto de *presentar* un documento a un *órgano jurisdiccional* (y, por tanto, revelárselo a este). No se sostiene que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (único supervisor y garante de la legalidad por encima de las instituciones y organismos de la Unión), al revisar la legalidad de un acto de la Unión, haya de tener el mismo nivel de acceso a los documentos de dichas instituciones y organismos que, por ejemplo, los periodistas, los docentes o las organizaciones no gubernamentales.

128. En segundo lugar, es también importante señalar que, habida cuenta de la diferencia entre ambas situaciones, los *objetivos* perseguidos por sus respectivas normativas también son claramente distintos.

129. El objetivo del Reglamento n.º 1049/2001, recogido en su considerando 2, es incrementar la apertura y la transparencia en la administración pública, a fin de garantizar una mayor participación de los ciudadanos en el proceso de toma de decisiones y una mayor legitimidad, eficacia y responsabilidad de la administración. El fin último es reforzar los principios de democracia y respeto de los derechos fundamentales.

130. Por su parte, las normas sobre las pruebas tratan de garantizar la buena administración de la justicia, permitiendo al Tribunal de Justicia de la Unión Europea desempeñar sus funciones con arreglo al artículo 19 TUE. El fin último es garantizar para todas las personas el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 47 de la Carta.

131. En tercer lugar, estos (diferentes) objetivos necesariamente contribuyen de distintos modos a la (diferente) valoración que ha de efectuar la institución de la Unión a la que corresponde decidir sobre el destino de un documento controvertido. En particular, poco se parecen entre sí, por un lado, *la ponderación* en uno y otro sistema de los intereses contrapuestos y, por otro, el equilibrio resultante entre los valores e intereses en juego.

132. Las disposiciones del Reglamento n.º 1049/2001 buscan el equilibrio entre los intereses de los ciudadanos en tener una administración pública abierta y transparente y la necesidad de salvaguardar la capacidad de las instituciones de la Unión para ejercer sus funciones de forma efectiva.⁷⁸ En consecuencia, la institución que se enfrente a una solicitud de divulgación de un documento debe comprobar si, en las circunstancias concretas, conceder acceso público a dicho documento no compromete la capacidad de esa institución para proteger uno de los intereses mencionados en el Reglamento. Además, aunque se comprometiera dicha capacidad, la institución debería verificar si concurre un interés superior que exija la divulgación.

133. Es evidente que una decisión sobre la presentación de pruebas en un procedimiento judicial implica un análisis muy diferente. Las normas sobre la prueba tratan de determinar qué fuentes de información puede o no considerar el órgano jurisdiccional para establecer los hechos relevantes al resolver un litigio. No resulta fácil justificar por qué los órganos jurisdiccionales de la Unión deberían desatender ciertas fuentes de información (potencialmente relevantes), con el mayor riesgo de error judicial que ello conllevaría.

⁷⁸ Véanse, en particular, los considerandos 6 y 11 del Reglamento n.º 1049/2001.

134. Con esto, por supuesto, no quiero decir que, en ciertos casos, la necesidad de proteger algún interés concreto no pueda justificar la negativa a admitir una prueba presentada por las partes, independientemente de su relevancia. En efecto, la jurisprudencia proporciona ejemplos de situaciones en las que los tribunales de la Unión han admitido algunas excepciones al principio de libre presentación de pruebas. Cabe citar tres casos ilustrativos.

135. En primer lugar, es cierto que las partes no deben utilizar los procedimientos judiciales para eludir las normas de *acceso a los documentos*. Tal cosa sucedería si una parte pretendiese iniciar un procedimiento ficticio con el único fin de obtener el acceso a documentos que en otras circunstancias serían confidenciales.⁷⁹ También es posible que, en el marco de un litigio auténtico, una parte solicite el acceso a un documento confidencial en poder de una institución de la Unión, cuya divulgación podría de hecho afectar a la capacidad de esta institución para ejercer sus funciones fuera del tribunal.

136. En segundo lugar, la necesidad de proteger las deliberaciones internas de las instituciones de la Unión o nacionales (y, en particular, su capacidad para *recabar asesoramiento jurídico* y recibir un asesoramiento franco, objetivo y completo) también puede imponer ciertos límites a la facultad de las partes de presentar documentos que no han sido, ni pretendían ser, divulgados al público.⁸⁰ En efecto, los asesores jurídicos podrían tener reticencias para ofrecer un asesoramiento detallado por escrito si supieran que la institución de la Unión quizá no termine siguiendo su consejo y que acaso en el futuro puedan tener que enfrentarse a su propio asesoramiento en un tribunal al defender la decisión de la institución.

137. En tercer lugar, puede haber situaciones en las que algunos documentos contengan información comprometedor, como *datos personales sensibles*, que, si se divulgan, puedan perjudicar a la vida privada o profesional de las personas. *Mutatis mutandis*, la situación puede ser similar en relación con los *secretos comerciales*. En tales casos, los órganos jurisdiccionales de la Unión pueden tener que ponderar el interés de la parte por presentar (u obtener) la prueba necesaria que le permita ejercer adecuadamente su derecho a la tutela judicial efectiva, por un lado, con los perjuicios que la divulgación de dicha prueba pueda producir en la vida privada de una persona o en otros intereses legítimos, por otro.⁸¹

138. En todas las situaciones mencionadas, el tribunal de la Unión de que se trate debe ponderar los intereses en juego al decidir sobre la admisibilidad del documento. Esto implica evaluar las posibles consecuencias tanto de la admisibilidad como de la no admisibilidad del documento.⁸² Por otro lado, el tribunal de la Unión debe determinar si el interés o intereses que abogan por la no divulgación son reales y merecen protección, y ha de valorar la naturaleza y la gravedad del posible daño causado en caso de que se autorice la presentación del documento.⁸³ Por otro lado, el tribunal debe comprobar en qué medida puede verse afectada, en su caso, su función como juzgador de los hechos si no se presenta el documento: ¿es posible que el documento sea importante, o incluso decisivo, para determinar ciertos hechos, o no es sino uno más entre varios

⁷⁹ Véase el apartado 128 del auto recurrido y jurisprudencia citada.

⁸⁰ Véanse, en particular, los autos de 23 de octubre de 2002, Austria/Consejo (C-445/00, EU:C:2002:607), apartados 12 y 13, y de 23 de marzo de 2007, Stadtgemeinde Frohnleiten y Gemeindebetriebe Frohnleiten (C-221/06, EU:C:2007:185), apartados 20 a 22, y la sentencia de 31 de enero de 2020, Eslovenia/Croacia (C-457/18, EU:C:2020:65), apartado 70.

⁸¹ Véase, por ejemplo, la sentencia de 23 de septiembre de 2015, Cerafogli/BCE (T-114/13 P, EU:T:2015:678), apartado 43.

⁸² A este respecto, con carácter general, véase Barents, R., *Remedies and Procedures Before the EU Courts*, 2ª ed., Wolters Kluwer, 2020, pp. 651 y 652.

⁸³ Véase, por ejemplo, la sentencia de 12 de mayo de 2015, Dalli/Comisión (T-562/12, EU:T:2015:270), apartados 50 a 53.

que pueden resultar útiles a tal fin?⁸⁴ Asimismo, ¿existe algún otro interés «intrajudicial», como la economía procesal, la equidad del procedimiento o el respeto a los derechos de defensa, que, en función de las circunstancias, pueda abogar a favor de admitir o no admitir determinados documentos?⁸⁵

139. No obstante, lo que ha de quedar bien claro es que las normas de aportación de pruebas en el procedimiento judicial se solapan en cierta medida con las del Reglamento n.º 1049/2001, en cuanto a la naturaleza de los intereses que se han de ponderar frente a la divulgación. En cambio, por lo que respecta al ejercicio de ponderación en sí y, sobre todo, en cuanto a su posible resultado, las diferencias son mucho mayores. En efecto, es muy probable que, en relación con un gran número de documentos, la protección de ciertos intereses pueda justificar la denegación del acceso a documentos a efectos del Reglamento n.º 1049/2001, mientras que las mismas razones no bastan para justificar una exclusión de los autos en un litigio ante los órganos jurisdiccionales de la Unión.⁸⁶

140. De lo contrario, la combinación de hecho de ambos regímenes se traduciría en numerosos resultados, cuando menos, cuestionables. En primer lugar, el único tribunal facultado para el pleno control de las instituciones de la Unión se habría de conformar con el mismo grado de acceso a información en el ejercicio de sus funciones que cualquier ciudadano de a pie. En segundo lugar, en la práctica, la decisión sobre la admisibilidad de pruebas ante los tribunales de la Unión se dejaría en gran medida a las instituciones de la Unión, que serían quienes eligieran los documentos que desean que se revisen. En tercer lugar, todo ello tendría la onerosa consecuencia de que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea hubiese de silenciar o censurar a una de las partes en su derecho, en principio ilimitado, de expresarse con libertad ante él, acaso en detrimento de su derecho a ser oído, consagrado por el artículo 47 de la Carta.

141. Habida cuenta también de la nueva realidad social en materia de divulgación y acceso a la información,⁸⁷ nada de lo anterior sería beneficioso para el funcionamiento y la imagen del Tribunal de Justicia. Cada vez con mayor frecuencia, las demás instituciones de la Unión piden a los órganos jurisdiccionales de la Unión que participen en una extraña *comedia del arte*, en la que el secreto de Polichinela en realidad lo conoce todo el mundo menos el tribunal, o en la que también lo conoce el tribunal, pero este es el único que no puede contarlos. Con toda mi admiración y respeto por la *comedia del arte*, este no puede ser un papel aceptable para ningún tribunal.

142. Brevemente, la admisibilidad de las pruebas en el procedimiento judicial depende únicamente de las circunstancias de cada caso. No hay ninguna norma estricta que limite el margen de apreciación de los tribunales de la Unión, y estos pueden determinar libremente si un documento es relevante y si, pese a ello, concurren circunstancias concretas que se oponen a su

⁸⁴ Véanse, en este sentido, el auto de 13 de febrero de 2014, Comisión/Consejo (C-425/13, no publicado, EU:C:2014:91), apartados 22 a 24, y las sentencias de 6 de marzo de 2001, Dunnett y otros/BEI (T-192/99, EU:T:2001:7), apartados 33 y 34; de 11 de julio de 2014, Easo y otros/Comisión (T-540/08, EU:T:2014:630), apartado 61, y de 12 de mayo de 2015, Dalli/Comisión (T-562/12, EU:T:2015:270), apartado 51.

⁸⁵ Véanse, por ejemplo, las sentencias de 11 de julio de 2014, Easo y otros/Comisión (T-540/08, EU:T:2014:630), apartado 62, y de 4 de julio de 2017, European Dynamics Luxembourg y otros/European Union Agency for Railways (T-392/15, EU:T:2017:462), apartados 52 a 56, y el auto de 25 de febrero de 2015, BPC Lux 2 y otros/Comisión (T-812/14 R, no publicado, EU:T:2015:119), apartado 14.

⁸⁶ Véase, en este sentido, la sentencia de 21 de julio de 2011, Suecia/MyTravel y Comisión (C-506/08 P, EU:C:2011:496), apartado 118. Véanse también, por analogía, las conclusiones de la Abogada General Kokott presentadas en el asunto Dragnea/Comisión (C-351/20 P, EU:C:2021:625), punto 92.

⁸⁷ En particular, cada vez con mayor frecuencia aparecen en el dominio público diversos documentos, de una u otra manera, sin que sea imputable a la parte que trata de invocarlos.

presentación. Como recientemente ha señalado el Tribunal de Justicia, «la valoración de las pruebas no es el resultado de un análisis abstracto, sino el de un examen de los hechos y circunstancias de cada caso».⁸⁸

143. A este respecto, procede tener en cuenta también que, aunque el tribunal pueda plantear de oficio una cuestión de admisibilidad de pruebas, normalmente es la parte que se opone a la presentación de un documento quien ha de explicar al tribunal, clara y detalladamente⁸⁹ y en tiempo oportuno,⁹⁰ de qué manera concreta puede la divulgación afectar al interés invocado. No son suficientes, a este respecto, afirmaciones vagas o genéricas.⁹¹

c) Las distintas consecuencias en el caso de la presentación de pruebas, por una parte, y en el del acceso a documentos, por otra

144. En este punto, resulta oportuno subrayar otro aspecto que diferencia el régimen del acceso a los documentos del de la presentación de pruebas ante los órganos jurisdiccionales de la Unión. Se refiere a las posibles *consecuencias* que se derivan de la revelación de los documentos. En contraste con la naturaleza ciertamente binaria del Reglamento n.º 1049/2001 (el acceso se concede o no se concede), el procedimiento ante los tribunales de la Unión permite soluciones diferentes, mucho más proporcionadas, que la exclusión total de un documento de los autos.

145. Una institución de la Unión ya no puede seguir controlando o limitando la circulación de un documento al cual ha concedido acceso en virtud del Reglamento n.º 1049/2001. En cambio, el ordenamiento jurídico de la Unión contiene normas específicas para proteger la confidencialidad de los documentos y la información presentados por las partes en el marco de un procedimiento judicial.⁹² En particular, normas *ad hoc* que regulan el acceso a los autos⁹³ garantizan que la información confidencial no se reproduzca en los documentos a los que tiene acceso el público,⁹⁴ y permiten que la información confidencial se excluya de la notificación o comunicación a las otras partes.⁹⁵

146. A este respecto, téngase en cuenta que los tribunales de la Unión disponen de gran variedad de instrumentos que pueden utilizar para satisfacer la necesidad de proteger la confidencialidad de los documentos (o de partes de ellos) presentados en el marco del procedimiento judicial frente a las otras partes, respetando al mismo tiempo los derechos de defensa de todas las partes. Por ejemplo, en algunos casos dichos tribunales han requerido a una parte que presente una versión no confidencial de los documentos, o un resumen de estos, para que puedan ser notificados a las

⁸⁸ Auto de 12 de junio de 2019, OY/Comisión (C-816/18, no publicado, EU:C:2019:486), apartado 7.

⁸⁹ Véanse, en este sentido, la sentencia de 8 de noviembre de 2000, Ghignone y otros/Consejo (T-44/97, EU:T:2000:258), apartado 45, y, por analogía, la sentencia de 21 de julio de 2011, Suecia/MyTravel y Comisión (C-506/08 P, EU:C:2011:496), apartado 115.

⁹⁰ Véase, en este sentido, la sentencia de 24 de septiembre de 2002, Falck y Acciaierie di Bolzano/Comisión (C-74/00 P y C-75/00 P, EU:C:2002:524), apartados 60 y 61.

⁹¹ Véase, por analogía, la sentencia de 21 de julio de 2011, Suecia/MyTravel y Comisión (C-506/08, EU:C:2011:496), apartado 116 y jurisprudencia citada.

⁹² Véase, ante todo, el artículo 15 TFUE, apartado 3.

⁹³ Véanse, en particular, el artículo 38 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal General y artículo 22, apartado 2, del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia.

⁹⁴ Véase, en particular, el artículo 66 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal General. Véase también la sentencia de 1 de julio de 2010, AstraZeneca/Comisión (T-321/05, EU:C:2010:266), apartado 25.

⁹⁵ Véanse, en particular, los artículos 68, apartado 4, 103, 104 y 144 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal General y el artículo 131, apartados 2 a 4, del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia. Véase también la sentencia de 12 de mayo de 2010, Comisión/Meierhofer (T-560/08 P, EU:T:2010:192), apartado 72 y jurisprudencia citada.

otras partes.⁹⁶ Además, en situaciones excepcionales, los tribunales de la Unión pueden decidir que solo los abogados de las partes puedan acceder a determinados elementos de prueba⁹⁷ o, en casos extremos, que no se conceda a las otras partes acceso alguno a ciertos documentos.⁹⁸

147. En cierto modo, cualquiera de estas dos posibles soluciones seguiría siendo más proporcionada y respetuosa no solo con los derechos que a las partes les reconoce el artículo 47 de la Carta, sino también con el papel de los órganos jurisdiccionales de la Unión, que una simple exclusión de la prueba aportada. Con ello vuelve a quedar patente que dichos tribunales no pueden limitarse a «tomar prestadas» en bloque las disposiciones sobre el acceso a documentos y aplicarlas como si fuesen válidas también para la presentación de pruebas ante ellos. En casos en los que haya verdaderas razones para que ciertos documentos se mantengan (total o parcialmente) confidenciales frente al público general, o incluso frente a las partes, los tribunales de la Unión están capacitados para adoptar diversas medidas que garanticen dicha confidencialidad al tiempo que permitan a la parte presentar las pruebas que estime pertinentes.

148. Dicho esto, me propongo examinar ahora si la valoración del Tribunal General en el presente asunto respecto a la admisibilidad de los anexos controvertidos es coherente con los principios recién expuestos.

d) Errores de Derecho relativos a la aportación de pruebas

149. Estimo que el segundo motivo de casación de la recurrente es, en principio, fundado.

150. En el apartado 39 del auto recurrido, el Tribunal General declaró (con acierto) que el Reglamento n.º 1049/2001 puede tener *valor indicativo*. Sin embargo, continuó aplicando sus disposiciones a la situación de forma un tanto mecánica, sin prestar atención al hecho de que el problema concreto y la cuestión jurídica que se había de resolver ante él era si los anexos controvertidos debían ser excluidos de los autos, y no si se había de conceder acceso público a dichos documentos.

151. Dicho de otra manera, en ningún momento el auto recurrido (es decir, ni su sección titulada «Sobre el incidente procesal planteado por el Consejo»⁹⁹ ni la titulada «Sobre la solicitud de diligencia de ordenación del procedimiento»¹⁰⁰) sugiere que el Tribunal General llevase a cabo valoración alguna que difiriese realmente de la valoración que ordena el Reglamento n.º 1049/2001. No parece que el Tribunal General tuviese en cuenta los diferentes valores (o que realizase un ejercicio de ponderación) que sustentan la admisibilidad de las pruebas ante los órganos jurisdiccionales de la Unión.

⁹⁶ Véase, por ejemplo, la sentencia de 12 de mayo de 2011, *Missir Mamachi di Lusignano/Comisión* (F-50/09, EU:C:2011:55), apartado 156.

⁹⁷ Véase la sentencia de 10 de abril de 2019, *Jindal Saw y Jindal Saw Italia/Comisión* (T-301/16, EU:T:2019:234), apartados 48 a 51.

⁹⁸ Véanse el artículo 105, apartado 2, del Reglamento de Procedimiento del Tribunal General y el artículo 190 *bis* del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia. Véanse también la Decisión (UE) 2016/2386 del Tribunal de Justicia, de 20 de septiembre de 2016, relativa a las normas de seguridad aplicables a los documentos e información presentados ante el Tribunal General con arreglo al artículo 105 de su Reglamento de Procedimiento (DO 2016, L 355, p. 5), y la Decisión (UE) 2016/2387 del Tribunal General, de 14 de septiembre de 2016, relativa a las normas de seguridad aplicables a los documentos e información presentados con arreglo al apartado 1 o al apartado 2 del artículo 105 del Reglamento de Procedimiento (DO 2016, L 355, p. 18).

⁹⁹ Esta sección consta de algunas «consideraciones preliminares» en las que el Tribunal General trató de esbozar el marco jurídico aplicable (apartados 38 a 46), amén de tres secciones específicas donde, sucesivamente, aplicó dicho marco jurídico al examen de la admisibilidad de los documentos que eran objeto de la petición del Consejo (los apartados 47 a 56, dedicados al primero de ellos; los apartados 57 a 64, al segundo, y los apartados 65 a 68, al tercero).

¹⁰⁰ Apartados 125 a 135 del auto recurrido.

152. Para empezar, el Tribunal General identificó los intereses cuya protección podía justificar la exclusión de los autos en virtud del artículo 4, apartados 1, 2 y 3, del Reglamento n.º 1049/2001. En particular, se refirió a la necesidad de: i) garantizar que las instituciones de la Unión reciban un asesoramiento jurídico franco, objetivo y completo;¹⁰¹ ii) evitar la elusión de las normas sobre acceso público a documentos,¹⁰² y iii) no socavar las relaciones internacionales de la Unión Europea.¹⁰³ A este respecto, estoy de acuerdo con el Tribunal General en que, en principio, estos mismos intereses pueden justificar también que los órganos jurisdiccionales de la Unión denieguen la admisión de determinados documentos como prueba.

153. En cambio, no me convence la manera en que el Tribunal General continuó valorando la forma en que, en su caso, dichos intereses podían verse afectados en el presente asunto si los anexos controvertidos se mantenían en los autos. En el curso de este examen, el Tribunal General no consideró en absoluto ningún interés «intrajudicial» que hipotéticamente podría haberle proporcionado razones que justificasen la desestimación de la petición del Consejo. Es, por tanto, esta ciega adhesión a las disposiciones del Reglamento n.º 1049/2001 lo que indujo al Tribunal General a error. En este sentido, son especialmente ilustrativos los siguientes aspectos.

154. En primer lugar, no se prestó atención alguna a la posible necesidad de que el propio Tribunal General accediese a los documentos de que se trata, a fin de informarse sobre los hechos alegados,¹⁰⁴ y tampoco se tuvo en cuenta la limitación que para los derechos de defensa de la recurrente (que comprenden el derecho a aportar pruebas) podría implicar que se excluyesen de los autos los anexos controvertidos. Esta omisión resulta tanto más sorprendente cuanto que la recurrente había alegado que algunos de los anexos eran «decisivos» para demostrar uno de sus argumentos.

155. En segundo lugar, el supuesto menoscabo de los intereses aludidos por el Consejo procede (a juicio del Tribunal General) del mero hecho de que los anexos controvertidos pudieran mantenerse en los autos y ser examinados por el Tribunal General. Este no requirió al Consejo que detallase, y mucho menos que demostrase de forma suficiente en Derecho, la forma y el grado en que se verían afectados concretamente los intereses invocados.

156. Aun admitiendo que las meras presunciones del Tribunal General fuesen suficientes para apreciar la necesidad de evitar que se eludan las normas de acceso a documentos¹⁰⁵ y de garantizar la protección del asesoramiento jurídico (lo cual no es así),¹⁰⁶ difícilmente se puede afirmar lo mismo respecto de la protección de las relaciones internacionales de la Unión Europea. En efecto, el Tribunal General parece pasar por alto que la recurrente ya está en posesión de los anexos controvertidos, de manera que puede utilizarlos en cualquier otro foro, si lo desea. En todo caso, aunque cabe considerar la existencia de un riesgo de que dichos anexos puedan revelar objetivos estratégicos de la Unión Europea en futuras negociaciones con Rusia, socavando así la capacidad de las instituciones de la Unión de alcanzar un acuerdo satisfactorio, si los documentos controvertidos se divulgasen al público, esto no significa en modo alguno que tal riesgo se produzca como consecuencia de la presentación de dichos documentos en el procedimiento judicial.

¹⁰¹ Apartados 40, 52 y 55 del auto recurrido.

¹⁰² Apartado 51 del auto recurrido.

¹⁰³ Apartados 41, 42 y 135 del auto recurrido.

¹⁰⁴ Alguna breve consideración sobre este extremo podría verse «implícita» quizás en el apartado 129 del auto recurrido en relación con los documentos alemanes no editados.

¹⁰⁵ Véase, en particular, el apartado 51 del auto recurrido.

¹⁰⁶ Véase, en particular, el apartado 52 del auto recurrido.

157. Por otro lado, tampoco se puede considerar correcta la afirmación del Tribunal General en el sentido de que divulgar en el presente procedimiento el contenido de los documentos alemanes no editados podría perjudicar a la protección de las relaciones internacionales de la Unión Europea.¹⁰⁷ Para empezar, ni en el auto recurrido ni en las observaciones de los recurridos y los coadyuvantes se halla ninguna explicación clara de por qué la incoación de un procedimiento arbitral con arreglo al artículo 26 del Tratado sobre la Carta de la Energía¹⁰⁸ por la recurrente (un inversor privado) contra la Unión podría afectar a las relaciones *internacionales* en sentido estricto (es decir, las relaciones entre la Unión y terceros países, organizaciones internacionales y entidades similares). En principio, parece que se trate de un litigio privado.

158. Además, el mero hecho de que los tribunales de la Unión puedan examinar dichos documentos no les «confiere legitimidad» automáticamente. Ello solo sucedería si el Tribunal General *se basase* en ellos y diese credibilidad a su contenido.

159. Asimismo, y lo que es más importante, no deja de ser intrínsecamente cuestionable concebir las disposiciones sobre transparencia y apertura del Reglamento n.º 1049/2001 como un cuerpo normativo que permita a las instituciones de la Unión denegar el acceso cada vez que un documento pueda ser eventualmente utilizado en un procedimiento contra la Unión. Precisamente, uno de los objetivos esenciales de dicha legislación es permitir el control público de la actuación de las instituciones europeas. Así pues, con mayor motivo ha de ser el caso respecto a las normas sobre aportación de pruebas, normas de las que difícilmente cabe afirmar que traten de favorecer a una parte (pública) sobre otra (privada).

160. En tercer lugar, al valorar si *en el caso concreto* ha lugar a una excepción (exclusión de los anexos controvertidos de los autos) a la regla general (admisibilidad de las pruebas), el Tribunal General aplicó en esencia las disposiciones del Reglamento n.º 1049/2001 y la jurisprudencia relativa a este. Resulta especialmente ilustrativo de este hecho el razonamiento seguido por el Tribunal General respecto a la exclusión de la Recomendación. La motivación solamente hace referencia a la divulgación del documento al público, y no a su exclusión de los autos. Al hallar justificada la denegación de la divulgación del documento al público, a juicio del Tribunal General ello conducía *inevitablemente* a la conclusión de que también se había de impedir la presentación de dicho documento en un procedimiento judicial.¹⁰⁹ De igual manera, la exclusión de los autos de los documentos alemanes no editados se basó únicamente en una supuesta repercusión negativa que la divulgación de estos documentos en el procedimiento podría tener para la protección de las relaciones internacionales de la Unión Europea «en el sentido del artículo 4, apartado 1, del Reglamento n.º 1049/2001». ¹¹⁰ Esto, como he expuesto en el punto 139 de las presentes conclusiones, no es correcto.

161. En cuarto lugar, la misma discutible postura se siguió en el único caso en el que, tras llegar a la conclusión de que la presentación de los anexos controvertidos podría realmente afectar a los intereses públicos invocados por el Consejo, el Tribunal General decidió valorar la existencia de

¹⁰⁷ Apartado 135 del auto recurrido.

¹⁰⁸ Procedimiento de arbitraje incoado el 26 de septiembre de 2019 en virtud del artículo 26, apartado 4, letra b), del Tratado sobre la Carta de la Energía y del artículo 3 del Reglamento de arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) de 1976.

¹⁰⁹ Apartados 57 a 63 del auto recurrido. El apartado 63 resulta especialmente elocuente en este sentido: el Tribunal General concluyó su análisis afirmando que «el Consejo está en lo cierto al considerar que la *divulgación* de ese documento supondría un perjuicio concreto y específico para la protección del interés público por lo que respecta a las relaciones internacionales, en el sentido del Reglamento n.º 1049/2001 [...], lo cual justifica, *por sí solo*, que el documento sea excluido de los autos sin necesidad de poner en la balanza la protección de ese interés público, por un lado, y el interés general superior, por otro lado [...]». El subrayado es mío.

¹¹⁰ Apartado 135 del auto recurrido.

algunas razones que, pese a todo, pudiesen justificar la *permanencia de los documentos en los autos*. En el apartado 54 del auto recurrido, el Tribunal General esencialmente requirió que la recurrente demostrase la existencia de un «interés público superior» para mantener en los autos el primer documento controvertido. En defecto de tal interés público superior, el Tribunal General concluyó que el derecho de la recurrente a presentar pruebas no merecía protección, pues únicamente estaba defendiendo sus propios intereses privados.

162. Sin embargo, aunque es razonable exigir la prueba de un «interés público superior» a la hora de valorar si un documento debe ser divulgado al público por una institución, carece de sentido hacerlo en el marco de un procedimiento judicial. Un demandante privado, por definición, está defendiendo sus propios intereses privados al recurrir a los tribunales.¹¹¹ Sería difícilmente compatible con el principio de igualdad ante la ley otorgar derechos y garantías procesales más sólidos a los demandantes que persiguiesen causas «nobles»¹¹² en los tribunales que a los que iniciasen procedimientos en defensa de sus propios intereses privados.

163. En cualquier caso, aunque se siguiese el criticable razonamiento del Tribunal General, no sería difícil hallar algunos intereses públicos de importancia que se verían mejor honrados por un tribunal capacitado para examinar todos los documentos relevantes. Por ejemplo, un tribunal bien informado será más eficaz a la hora de garantizar la buena administración de justicia (pues está menos expuesto a cometer ciertos errores judiciales) y de reforzar el Estado de Derecho (al librar al ordenamiento jurídico de la Unión de actos potencialmente ilícitos). A mi parecer, estos intereses son inherentes a todos los procedimientos judiciales, no solo a los iniciados por «buenos samaritanos».¹¹³

164. Por último, sobre este aspecto, el Tribunal General tampoco tuvo en cuenta el hecho de que, al menos, algunos de los anexos controvertidos (los documentos alemanes no editados) se refieren a un procedimiento legislativo, el cual, según la jurisprudencia, requiere una especial transparencia y, por ende, un acceso más amplio.¹¹⁴ En el apartado 131 del auto recurrido, el Tribunal General reconoció que era así, pero después omitió valorar si, en el presente asunto, esto podía tener alguna relevancia.

165. En quinto lugar, la misma postura errónea del Tribunal General puede observarse también en los pasajes en que valoró las *pruebas* aportadas por las partes para respaldar sus argumentos sobre la admisibilidad. En el apartado 53 del auto recurrido, el Tribunal General admitió que una parte (el Consejo) había fundamentado sus argumentos sobre la necesidad de excluir un documento de los autos *presentando su propia decisión en que denegaba el acceso* a dicho documento.

¹¹¹ Huelga recordar, a este respecto, que uno de los requisitos de la legitimación activa de los demandantes privados es precisamente la existencia de un interés en ejercitar la acción.

¹¹² Sin siquiera entrar en la cuestión de quién (y cómo) habría de decidir qué constituye una causa noble digna de derechos especiales y cuál no es sino mero egoísmo individual.

¹¹³ En aras de la integridad, cabe añadir que la jurisprudencia a la que se remite el Tribunal General a este respecto versaba sobre distintos tipos de acciones y (en parte) también sobre distintos tipos de documentos. Las dos resoluciones citadas al final del apartado 54 del auto recurrido se dictaron en litigios entre *demandantes privilegiados* que, de conformidad con las disposiciones de los Tratados y del Estatuto del Tribunal de Justicia, por definición se hallan en una situación diferente de la de los demandantes privados (como la recurrente en el presente procedimiento).

¹¹⁴ Véase, en particular, el considerando 6 del Reglamento n.º 1049/2001. Véanse también las sentencias de 1 de julio de 2008, Suecia y Turco/Consejo (C-39/05 P y C-52/05 P, EU:C:2008:374), apartados 45 a 47, y de 4 de septiembre de 2018, ClientEarth/Comisión (C-57/16 P, EU:C:2018:660), apartados 84 a 95.

166. Por supuesto, no trato de decir que la decisión del Consejo careciese de relevancia al efecto. Sin embargo, en modo alguno podía ser *decisiva*, como pareció considerar el Tribunal General. Dicha decisión solamente reflejaba la opinión de su autor (el mismo que lo había presentado ante dicho Tribunal) sobre una cuestión similar, pero, como ya he expuesto, no idéntica: la denegación del acceso al documento en virtud del Reglamento n.º 1049/2001. Una vez más, como he mencionado en el punto 139 de las presentes conclusiones, una denegación de acceso, incluso legítima, con arreglo a dicho Reglamento no implica necesariamente la inadmisibilidad del mismo documento como prueba ante los tribunales de la Unión.

167. Además, a todos los efectos prácticos, respaldar la postura del Tribunal General significaría permitir que la institución recurrida seleccionase por sí misma las pruebas admisibles.¹¹⁵ En efecto, denegando la divulgación de un documento con arreglo al Reglamento n.º 1049/2001, una institución podría elegir las pruebas que pudiera utilizar cualquiera que deseara impugnar sus actos ante los tribunales de la Unión, lo cual suscitaría muchas dudas desde el punto de vista de los principios de igualdad de armas y de tutela judicial efectiva.

168. Por otro lado, es cierto que, con carácter general, los documentos internos de las instituciones que contienen asesoramiento jurídico solo se pueden presentar si así lo ha autorizado la institución o lo ha ordenado el tribunal de la Unión de que se trate.¹¹⁶ Pero no es menos cierto que, de acuerdo con una reiterada jurisprudencia, incluso los documentos confidenciales e internos de las instituciones de la Unión, en determinados casos, pueden ser incluidos en los autos a pesar de la oposición de la institución correspondiente.¹¹⁷ En efecto, puede haber casos en los que la legalidad de un determinado acto de la Unión solo pueda acreditarse mediante documentos internos o confidenciales.¹¹⁸ El Tribunal General simplemente pasó por alto esta jurisprudencia y los argumentos de la recurrente al respecto.

169. El error cometido en cuanto a la exigencia de que las partes fundamenten sus argumentos resulta más sorprendente aún respecto a la valoración sobre los documentos alemanes no editados: estos no procedían de las instituciones de la Unión, sino (supuestamente) del Gobierno alemán. El Tribunal General atendió la petición del Consejo de excluirlos de los autos únicamente sobre la base de dos presunciones. En primer lugar, el Tribunal General presumió que se trataba de documentos confidenciales, sin ni siquiera pedir al Gobierno alemán que confirmase este extremo.¹¹⁹ En segundo lugar, presumió que la recurrente los había obtenido de forma ilícita, solamente porque esta no había aportado pruebas que acreditaran su obtención por medios legales, a pesar de que negaba haber cometido irregularidad alguna.¹²⁰ En cualquier caso, de acuerdo con los principios generales de la carga de la prueba es el Consejo quien tendría que haber demostrado sus alegaciones.

170. En conclusión, el segundo motivo de casación de la recurrente también es fundado. El Tribunal General incurrió en error de Derecho al aplicar un método de análisis incorrecto para examinar la admisibilidad de los anexos controvertidos.

¹¹⁵ Véase también el punto 140 de las presentes conclusiones.

¹¹⁶ Véanse, en particular, los autos de 23 de octubre de 2002, Austria/Consejo (C-445/00, EU:C:2002:607), apartado 12, y de 14 de mayo de 2019, Hungría/Parlamento (C-650/18, no publicado, EU:C:2019:438), apartado 8.

¹¹⁷ Véase, en este sentido, la sentencia de 8 de noviembre de 2018, QB/BCE (T-827/16, EU:T:2018:756), apartado 65 y jurisprudencia citada. Véanse también la sentencia de 3 de octubre de 1985, Comisión/Tordeur (C-232/84, EU:C:1985:392), y el auto de 15 de octubre de 1986, LAISA/Consejo (31/86, no publicado en la Rec.).

¹¹⁸ Puede ser este el caso cuando se ejercita la acción invocando abuso de poder, a raíz de filtraciones de delatores o cuando la acción puede implicar responsabilidad penal por parte de algún miembro del personal de las instituciones.

¹¹⁹ Algo para lo cual estaba facultado, como he señalado en el punto 116 de las presentes conclusiones.

¹²⁰ Apartados 131 a 135 del auto recurrido.

171. En esencia, el Tribunal General aplicó las normas establecidas en el Reglamento n.º 1049/2001, y la lógica en la que este se basa, para valorar la admisibilidad de los anexos controvertidos. En lugar de simplemente orientarse, cuando fuese oportuno, por dichas normas, el Tribunal General se limitó a tratar la presentación de los anexos controvertidos por la recurrente *como si* constituyese una solicitud de acceso a documentos con arreglo al citado Reglamento. Es evidente que no tuvo en cuenta las claras diferencias que existen entre los dos regímenes legales. Tampoco consideró en absoluto posibles intereses «intrajudiciales» que podían haber justificado la permanencia de los documentos en los autos, y de este modo interpretó y aplicó erróneamente los principios que rigen la aportación de pruebas a los que antes me he referido, pasando por alto la reiterada jurisprudencia al respecto.

172. En consecuencia, procede anular el auto recurrido en la parte en que ordena retirar de los autos los anexos controvertidos y decide que no se han de tener en cuenta los pasajes de la demanda en que se reproducen extractos de dichos documentos (puntos 1 y 3 de la parte dispositiva).

e) Los anexos controvertidos no son relevantes para el presente procedimiento

173. Como ya he mencionado en el punto 25 de las presentes conclusiones, tras la adopción de una diligencia de ordenación del procedimiento con arreglo al artículo 62, apartado 1, del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia por el magistrado ponente y el Abogado General, la recurrente presentó los anexos controvertidos.

174. Una vez examinados estos documentos, no considero que sean relevantes para el presente trámite de casación.

175. Habida cuenta de los argumentos formulados por la recurrente tanto en primera instancia como en casación, soy del parecer de que, con ellos, la recurrente perseguía esencialmente dos objetivos. Por un lado, trataba de «reforzar» ciertos argumentos jurídicos presentados en el asunto, exponiendo la postura adoptada al respecto por algunas instituciones de la Unión y Gobiernos de Estados miembros. Por otro, intentaba corroborar su alegación según la cual su gasoducto era el principal objetivo del acto impugnado.

176. No obstante, no creo que los anexos controvertidos sean realmente de alguna utilidad para el Tribunal de Justicia en ninguno de los dos aspectos.

177. En primer lugar, considero que los hechos del litigio ante el Tribunal de Justicia son muy claros y, en cualquier caso, no son susceptibles de reexamen en casación. Por lo que respecta a los argumentos jurídicos contenidos en los anexos, *iura novit curia*. Le corresponde al Tribunal de Justicia interpretar el Derecho. No hace falta recordar que los argumentos jurídicos formulados por la recurrente, incluso los que puedan proceder de un documento distinto,¹²¹ no adquieren mayor credibilidad ante el Tribunal de Justicia por el mero hecho de haber sido respaldados, incluso previamente expresados, por alguna institución o Estado miembro de la Unión. La cuestión es si los argumentos son convincentes en sí mismos.¹²²

¹²¹ Algo que, en la práctica, sigue siendo posible. Aunque, en casos excepcionales, el Tribunal de Justicia pueda efectivamente excluir de los autos algún documento, no es su función actuar como oficina de censura y vetar las alegaciones de las partes por su contenido, comprobando minuciosamente si un argumento jurídico formulado por una de las partes pudo estar ya contenido en otro documento.

¹²² Por tanto, sigue siendo determinante la diferencia entre la invocación de una autoridad externa («esto es correcto porque así lo ha dicho una institución de la Unión, y lo dijo en tal sitio») y un argumento propio y autónomo sobre el fondo de la cuestión, que se sostenga de por sí, sin necesidad de invocar a ninguna autoridad externa.

178. En segundo lugar, respecto a la intención de la recurrente de corroborar sus argumentos respecto a la «afectación individual» por el acto impugnado, entiendo que el Tribunal de Justicia ya cuenta con suficiente información y pruebas en los autos. En efecto, como me propongo exponer en la siguiente sección, soy del parecer de que el acto impugnado afecta a la recurrente tanto directa como individualmente, y de que la información necesaria para esta conclusión ya se halla en los autos o es de dominio público.

179. Por todo ello, no veo necesario que el Tribunal de Justicia examine si, una vez aplicado el marco jurídico correcto, deberían considerarse admisibles los anexos controvertidos. A los efectos del presente recurso de casación, son irrelevantes.

180. No obstante, como ya he expuesto en secciones anteriores de las presentes conclusiones, al llegar a su conclusión sobre la inadmisibilidad de los anexos controvertidos, el Tribunal General aplicó un análisis jurídico incorrecto. Además, si el Tribunal de Justicia se adhiriese al análisis propuesto en las presentes conclusiones, el Tribunal General estaría obligado a examinar de nuevo el asunto.

181. En consecuencia, también estimo oportuno sugerir al Tribunal de Justicia que anule los puntos 1 y 3 de la parte dispositiva del auto recurrido. Ello permitiría al Tribunal General, en caso necesario, efectuar una nueva valoración de la admisibilidad de dichos anexos como prueba, atendiendo a los elementos invocados ante él, pero esta vez recurriendo a los criterios adecuados.

VI. Consecuencias de la apreciación: resolución del presente asunto

182. Los motivos primero y segundo son fundados. En consecuencia, procede anular los puntos 1, 3 y 4 de la parte dispositiva del auto recurrido. Dado que las demás partes del auto recurrido son de carácter accesorio, considero que el auto recurrido debe ser anulado en su integridad.

183. Con arreglo al artículo 61, párrafo primero, del Estatuto del Tribunal de Justicia, este, en caso de anulación de la resolución del Tribunal General, podrá o bien devolver el asunto al Tribunal General para que este último resuelva, o bien resolver él mismo definitivamente el litigio, cuando su estado así lo permita.

184. En el presente asunto, soy del parecer de que el estado del procedimiento permite al Tribunal de Justicia pronunciarse definitivamente sobre la legitimación activa de la recurrente (A). Sin embargo, no le permite resolver sobre el fondo del recurso (B).

A. Afectación individual

185. Habiendo concluido que se cumple el requisito de la afectación directa, a fin de resolver definitivamente sobre la legitimación activa de la recurrente para recurrir el acto impugnado, es necesario determinar si este también la afecta de forma *individual*. Aunque el Tribunal General no examinó este extremo, considero que, al tratarse de una cuestión jurídica y ciertamente sencilla, el propio Tribunal de Justicia puede efectuar esta valoración.

186. Según reiterada jurisprudencia, los sujetos distintos de los destinatarios de una medida solo pueden alegar que se ven afectados individualmente en el sentido del artículo 263 TFUE, párrafo cuarto, si esta les atañe en razón de determinadas cualidades que les son propias o de una

situación de hecho que los caracteriza frente a cualquier otra persona y, por ello, los individualiza de forma análoga a la del destinatario de la medida.¹²³

187. En principio, no se considera que un recurrente esté individualmente afectado por medidas que se aplican a unas situaciones determinadas objetivamente y producen efectos jurídicos en relación con una categoría de personas consideradas de manera general y abstracta.¹²⁴ Además, la posibilidad de determinar, con mayor o menor precisión, el número e incluso la identidad de los sujetos de Derecho a los que se aplica una medida no implica en absoluto que se deba considerar a estos sujetos individualmente afectados por la citada medida, cuando esta aplicación se efectúa en virtud de una situación objetiva de Derecho o de hecho definida por el acto de que se trate.¹²⁵

188. No obstante, el Tribunal de Justicia también ha aclarado que el hecho de que un acto impugnado, por su naturaleza y alcance, tenga carácter general o sea de carácter legislativo en la medida en que se aplica a la generalidad de los operadores económicos interesados no excluye, sin embargo, que pueda afectar individualmente a algunos de ellos.¹²⁶

189. Esto es así cuando la parte demandante puede acreditar «la existencia de una situación que la caracteriza, en relación con la disposición objeto de litigio, frente a cualquier otro operador económico».¹²⁷ Sin embargo, esto no significa que el demandante haya de ser la única persona afectada de forma particular por el acto impugnado, para considerar que este le afecta individualmente. En efecto, el Tribunal de Justicia ha declarado que, cuando un acto «afecta a un grupo de personas *identificadas o identificables* en el momento de la adopción de dicho acto y en función de criterios que caracterizan a los miembros de dicho grupo, esas personas pueden considerarse individualmente afectadas por dicho acto en la medida en que forman parte de un *círculo restringido* de operadores económicos».¹²⁸ Dicho de otra manera, el Tribunal de Justicia ha apreciado reiteradamente la afectación individual cuando, al adoptar el acto impugnado, las instituciones de la Unión estaban en condiciones de saber qué empresas, cuyo número e identidad fuesen claramente discernibles, se verían concretamente afectadas por el acto.¹²⁹

190. A este respecto, el Tribunal de Justicia ha otorgado especial importancia al hecho de que la categoría a la que pertenece el recurrente esté formada por un *número fijo* de personas que *no pueda aumentar después de la adopción de la medida*.¹³⁰ Se ha considerado que era así, en particular, cuando el acto impugnado alteraba los derechos adquiridos por el recurrente antes de

¹²³ Véanse, en particular, las sentencias de 15 de julio de 1963, Plaumann/Comisión (25/62, EU:C:1963:17), apartado 107, y, más recientemente, de 17 de septiembre de 2015, Mory y otros/Comisión (C-33/14 P, EU:C:2015:609), apartado 93.

¹²⁴ Véase, en este sentido, la sentencia de 6 de noviembre de 2018, Scuola Elementare Maria Montessori/Comisión, Comisión/Scuola Elementare Maria Montessori y Comisión/Ferracci (C-622/16 P a C-624/16 P, EU:C:2018:873), apartado 31 y jurisprudencia citada.

¹²⁵ Véase, entre otras, la sentencia de 19 de diciembre de 2013, Telefónica/Comisión (C-274/12 P, EU:C:2013:852), apartado 47 y jurisprudencia citada.

¹²⁶ Véase la sentencia de 17 de septiembre de 2009, Comisión/Koninklijke Friesland Campina (C-519/07 P, EU:C:2009:556), apartado 51 y jurisprudencia citada. Véase también la sentencia de 18 de mayo de 1994, Codorníu/Consejo (C-309/89, EU:C:1994:197), apartado 19.

¹²⁷ Véase la sentencia de 18 de mayo de 1994, Codorníu/Consejo (C-309/89, EU:C:1994:197), apartado 22.

¹²⁸ Véanse, en este sentido, las sentencias de 17 de enero de 1985, Piraiki-Patraiki y otros/Comisión (11/82, EU:C:1985:18), apartado 31; de 22 de junio de 2006, Bélgica y Forum 187/Comisión (C-182/03 y C-217/03, EU:C:2006:416), apartado 60, y de 27 de febrero de 2014, Stichting Woonpunt y otros/Comisión (C-132/12 P, EU:C:2014:100), apartados 59 y 60.

¹²⁹ Conclusiones del Abogado General VerLoren van Themaat presentadas en el asunto Piraiki-Patraiki y otros/Comisión (11/82, EU:C:1982:356), p. 218.

¹³⁰ Conclusiones del Abogado General Lenz presentadas en el asunto Codorníu/Consejo (C-309/89, EU:C:1992:406), punto 38. El subrayado es mío.

su adopción.¹³¹ Además, el Tribunal de Justicia ha entendido que había afectación individual cuando el acto impugnado afectaba a «un número determinado de operadores identificados en razón de un comportamiento individual» que habían tenido o que debieran haber tenido.¹³²

191. Sin embargo, también podrían ser relevantes otras circunstancias en virtud de la «fórmula Plaumann». Se trata de un criterio ciertamente estricto, pero, al menos a primera vista, también relativamente abierto y flexible. Por ejemplo, para determinar si los demandantes estaban suficientemente individualizados por un acto impugnado, el Tribunal de Justicia ha tomado en consideración (aisladamente o junto con otros factores): i) si los demandantes habían participado en el procedimiento por el que se adoptó dicho acto;¹³³ ii) si su situación en el mercado se vio «sustancialmente afectada» por una *medida específica*,¹³⁴ y/o iii) si el autor del acto impugnado estaba obligado a tener en cuenta la situación específica de los demandantes.¹³⁵

192. Partiendo de estas premisas, ¿ha acreditado la recurrente que el acto impugnado la afecta individualmente?

193. En mi opinión, la respuesta debe ser afirmativa.

194. En primer lugar, la recurrente pertenece a un grupo de personas que era *cerrado e identificable* cuando se adoptó el acto impugnado. De hecho, en teoría, la extensión del ámbito de aplicación de la Directiva del gas afectaba solo a dos gasoductos: Nord Stream 2 y el Transadriático. Sin embargo, dado que este último ya había obtenido una exención, es más preciso hablar de la recurrente como *única* empresa perteneciente a dicho (meramente teórico) grupo de particulares afectados por el acto impugnado.¹³⁶

195. En segundo lugar, a la vista de su situación particular, la recurrente se hallaba, desde muchos puntos de vista, en una *posición singular* respecto al acto impugnado. En el momento en que este se adoptó y entró en vigor, no solo había comenzado ya la construcción de su gasoducto, sino que se encontraba en un estado muy avanzado. Sin embargo, la obra no había podido concluir antes de la fecha establecida en el artículo 49 *bis* de la Directiva del gas. En consecuencia, el nuevo régimen se hizo inmediatamente aplicable a la recurrente, que quedó atrapada entre dos aguas: no podía acogerse ni a la excepción ni a la exención con arreglo a la Directiva del gas.

196. Es indiscutible que *solo* la recurrente se hallaba en tal situación cuando se adoptó el acto. Y tampoco sucederá lo mismo con ninguna otra empresa en el futuro. Cualquier otro gasoducto (ya construido o que se construya más adelante) podría beneficiarse, en principio, bien de la excepción o bien de la exención.

¹³¹ Véanse las sentencias de 13 de marzo de 2008, Comisión/Infront WM (C-125/06 P, EU:C:2008:159), apartado 72, y de 27 de febrero de 2014, Stichting Woonpunt y otros/Comisión (C-132/12 P, EU:C:2014:100), apartado 59.

¹³² Véase la sentencia de 18 de noviembre de 1975, CAM/Comisión (100/74, EU:C:1975:152), apartado 18. En sentido similar, sentencia de 13 de mayo de 1971, International Fruit Company y otros/Comisión (41/70 a 44/70, EU:C:1971:53), apartados 17 y 18.

¹³³ Véase la sentencia de 28 de enero de 1986, Cofaz y otros/Comisión (169/84, EU:C:1986:42), apartados 24 y 25.

¹³⁴ Véase, en este sentido, la sentencia de 22 de diciembre de 2008, British Aggregates/Comisión (C-487/06 P, EU:C:2008:757), apartados 50 a 57. En sentido similar, sentencia de 12 de diciembre de 2006, Asociación de Estaciones de Servicio de Madrid y Federación Catalana de Estaciones de Servicio/Comisión (T-95/03, EU:T:2006:385), apartados 52 a 55.

¹³⁵ Véanse, en este sentido, las sentencias de 10 de abril de 2003, Comisión/Nederlandse Antillen (C-142/00 P, EU:C:2003:217), apartados 71 a 76 y jurisprudencia citada, y de 3 de febrero de 2005, Comafra y Dole Fresh Fruit Europe/Comisión (T-139/01, EU:T:2005:32), apartado 110. Véanse también las sentencias de 6 de noviembre de 1990, Weddel/Comisión (C-354/87, EU:C:1990:371), apartados 20 a 22, y de 15 de junio de 1993, Abertal y otros/Comisión (C-213/91, EU:C:1993:238), apartado 23.

¹³⁶ Tal como reconoció, por ejemplo, la propia Comisión cuando presentó su propuesta para el acto impugnado: véase la Ficha de la Comisión Europea «Questions and Answers on the Commission proposal to amend the Gas Directive (2009/73/EC)», MEMO/17/4422, de 8 de noviembre de 2017 (respuesta a la pregunta 10).

197. En tercer lugar, las instituciones de la Unión no solo eran *conscientes* de que, en virtud del acto impugnado, la recurrente quedaría sujeta al nuevo régimen jurídico, sino que actuaron con la *intención concreta* de que así sucediera.¹³⁷ Además, es preciso recordar que la recurrente ha aportado en primera instancia diversos documentos, aparte de los excluidos por el Tribunal General, que dan a entender que la extensión de las disposiciones sobre el gas a las actividades de la recurrente constituía en realidad uno de los *principales* motivos (por no decir el principal) que indujeron a las instituciones de la Unión a adoptar el acto impugnado.¹³⁸

198. Quisiera añadir, a título incidental, que toda esta información parece ser de dominio público. Un somero repaso de la prensa y de los artículos académicos relativos a la adopción del acto impugnado parecen corroborar el argumento de la recurrente a este respecto. Así pues, huelga decir que, para determinar los hechos relevantes, el Tribunal de Justicia puede atender también a elementos de dominio público.¹³⁹ Con frecuencia se representa a la justicia con los ojos vendados. Sin embargo, al menos en mi recuerdo, esta alegoría no quiere decir en modo alguno que la justicia no sea capaz de percibir lo que es obvio para cualquier persona.

199. En cuarto lugar, dado el avanzado estado de construcción del proyecto y la inversión ya realizada por la recurrente cuando se adoptó el acto impugnado, es evidente que su adopción tuvo por efecto obligar a la recurrente a introducir profundos cambios en su estructura empresarial y financiera y en su modelo de negocio, todo ello en un período relativamente breve, pues el acto impugnado debía transponerse en un plazo aproximado de diez meses desde su adopción.¹⁴⁰ Por lo tanto, es evidente que dicho acto no solo tiende a *afectar significativamente* a la situación de la recurrente en el mercado, sino que está concebido para ello. La recurrente también ha alegado (sin ser rebatida por los recurridos ni por los coadyuvantes) que el acto impugnado requerirá modificar diversos acuerdos previos celebrados por ella, lo que afectará a su situación jurídica ya establecida.¹⁴¹

200. Habida cuenta de las consideraciones anteriores, resulta difícil concebir una situación en que, pese a que el acto impugnado sea de aplicación general, exista una conexión más clara y concreta entre la situación de un recurrente y el acto impugnado. Debido a algunas de las características particulares de la recurrente y a las circunstancias específicas de la adopción del acto impugnado, la situación de la recurrente ante dicho acto se diferencia de la situación de cualquier otra empresa que esté o quede en el futuro sometida a las disposiciones de la Directiva del gas en virtud del acto impugnado.

201. En consecuencia, llego a la conclusión de que, al estar directa e individualmente afectada, la recurrente goza de legitimación activa para recurrir el acto impugnado en virtud del artículo 263 TFUE, párrafo cuarto.

¹³⁷ Véanse, entre otros documentos públicamente accesibles: i) la Ficha de la Comisión Europea «Questions and Answers on the Commission proposal to amend the Gas Directive (2009/73/EC)», MEMO/17/4422, de 8 de noviembre de 2017 (respuestas a las preguntas 8 a 11); ii) Preguntas del Parlamento Europeo, respuesta del Sr. Arias Cañete en nombre de la Comisión Europea [E-004084/2018(ASW)], de 24 de septiembre de 2018, y iii) Informe del Servicio de Estudios del Parlamento Europeo, EU Legislation in Progress, «Common rules for gas pipelines entering the EU internal market», de 27 de mayo de 2019, p. 2.

¹³⁸ Véanse, en especial, la respuesta del Comisario de Energía Arias Cañete y el informe del Parlamento citados en la nota anterior. Véase también la decisión de la Bundesnetzagentur, citada en la nota 43 de las presentes conclusiones.

¹³⁹ Véanse, por ejemplo, las sentencias de 28 de febrero de 2018, Comisión/Xinyi PV Products (Anhui) Holdings (C-301/16 P, EU:C:2018:132), apartado 78, y de 20 de marzo de 2014, Comisión/Lituania (C-61/12, EU:C:2014:172), apartado 62.

¹⁴⁰ Véase el artículo 2 del acto impugnado. Cabe señalar que a los Estados miembros se les concedió un período aproximadamente el doble de amplio para transponer la Directiva del gas (véase su artículo 54), y otro aún mayor para aplicar la disposición de la separación (véase el artículo 9 de la Directiva).

¹⁴¹ Véase también el punto 96 de las presentes conclusiones.

B. Sobre la fundamentación del recurso

202. En su recurso interpuesto ante el Tribunal General, la recurrente invocó seis motivos contra el acto impugnado.

203. Para valorar dichos motivos sería necesario un detallado análisis jurídico y fáctico de los argumentos formulados por todas las partes del procedimiento a la luz de las pruebas presentadas por estas.

204. En defecto de tal valoración en el auto recurrido, el estado del procedimiento no permite al Tribunal de Justicia dictar una resolución definitiva en el presente asunto.

205. Por consiguiente, procede devolver el asunto al Tribunal General y reservar la decisión sobre las costas.

VII. Conclusión

206. Propongo al Tribunal de Justicia que:

- Anule el auto de 20 de mayo de 2020, Nord Stream 2/Parlamento y Consejo (T-526/19, EU:T:220:210).
- Declare admisible el recurso de anulación de Nord Stream 2 AG.
- Devuelva el asunto al Tribunal General a fin de que este se pronuncie sobre el fondo.
- Reserve la decisión sobre las costas.