

Energía: derecho climático *in fieri*

SUSANA GALERA RODRIGO

SUMARIO: 0. PLANTEAMIENTO. 1. RÉGIMEN JURÍDICO DE LA ASIGNACIÓN DE DERECHOS DE EMISIÓN: O LA PROGRESIVA NORMALIZACIÓN DE LA UNIDAD FUNCIONAL DEL DERECHO ADMINISTRATIVO EUROPEO. 1.a) La asignación singularizada de derechos a las instalaciones: procedimiento administrativo bifásico y transnacional. 1.b) La impugnación indirecta de la Decisión a través del recurso contra el Acuerdo del Consejo de Ministros que la aplica. 1.c) La Cuestión Prejudicial sobre la validez de la Decisión aplicada y finalmente anulada. 1.d) La modulación de efectos de la declaración de nulidad: Sentencias de alcance prospectivo. 2. LOS “INTERESADOS” EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO -BIFÁSICO Y TRANSNACIONAL- DE ASIGNACIÓN DE DERECHOS DE EMISIÓN. 2.a) El doble régimen de acceso a la información ambiental: la divulgación de emisiones al medio ambiente constituye per se un interés general. 2.b) La Sentencia del TJUE de 13 de julio de 2017. 2.c) La participación en el Convenido de Aarhus, su incorporación al derecho interno y su aplicación jurisprudencial. 3. UNA REFLEXIÓN FINAL: APORTACIONES AL DERECHO ADMINISTRATIVO EUROPEO. 4. JURISPRUDENCIA ANALIZADA.

0. PLANTEAMIENTO

El ordenamiento jurídico que incorpora las políticas climáticas presenta una enorme complejidad, además de por su alto contenido técnico, por la amplia discrecional en el nivel de ejecución, y por el entramado de niveles de decisión e instituciones que recorre desde su elaboración hasta su aplicación efectiva.

En este trabajo se recogerán dos grupos de Sentencias sobre las decisiones administrativas de asignación de derechos de emisión –y por lo tanto de aplicación última de un marco normativo que se inicia en el nivel internacional: en este grupo de Sentencias, en el que interaccionan el nivel judicial nacional con el europeo a través de la cuestión prejudicial, se pone de manifiesto el entramado de actos que se integra en el procedimiento aplicativo, un procedimiento bifásico que integra el nivel nacional con el europeo en una unidad de acción. Durante su tramitación se producen actos administrativos sucesivos en los distintos niveles, que tienen distintas vías de impugnación que van a estar también directamente relacionadas. Es un procedimiento paradigmático de los ya no tan novedosos procedimientos administrativos transnacionales, que están en la base del Derecho Administrativo Europeo.

El segundo grupo está integrado por tres Sentencias que muestran interés mucho más por lo que omiten que por lo que refieren, y que ponen de manifiesto la persistente dificultad de distinguir el derecho general de participación en la elaboración de políticas y normas reglamentarias, y que trae causa en el artículo 105 de la Constitución, del derecho de participación específicamente referido a la elaboración de políticas y disposiciones ambientales: este último, es bien sabido, se introduce en nuestro ordenamiento en base a normas internacionales y europeas – Convenio de Aarhus y Directivas correspondientes- se refleja en una ley específica –Ley 27/2006, de acceso a la información ambiental- y tiene una doble apoyatura constitucional, pues enlaza, además de con el artículo 105, con el artículo 45 de la Constitución.

1. RÉGIMEN JURÍDICO DE LA ASIGNACIÓN DE DERECHOS DE EMISIÓN: O LA PROGRESIVA NORMALIZACIÓN DE LA UNIDAD FUNCIONAL DEL *DERECHO ADMINISTRATIVO EUROPEO*

No resulta superfluo dejar establecido el marco jurídico de lo que, a día de hoy, es el instrumento jurídico más importante de la política de

clima, aunque en él conviene diferenciar entre el marco que establece el régimen general de emisiones de gases de efecto invernadero (en lo sucesivo, referidos por GEI) y el marco de aplicación de dicho régimen.

Respecto del primero, grosso modo está conformado por unos objetivos de emisiones GEI establecido a nivel internacional – Protocolo de Kyoto- para períodos plurianuales determinados, y la posterior asunción formal de estos objetivos tanto por la UE como por sus Estados miembros, que desarrollarán cómo se reparte el techo de emisiones a nivel europeo entre cada uno de sus Estados.

Este marco normativo con claridad fue descrito por la STS de 7 de diciembre de 2010¹, que examinó la asignación de derechos para el período 2008-2012, y que declaraba en su FJ 3º: :

“Nuestro enjuiciamiento.... debe arrancar del marco normativo en el que se integra.... (que) ... discurre en tres planos diferentes. Se inicia en el Derecho internacional, se asume y concreta en el Derecho comunitario y concluye en nuestro Derecho interno.

El origen debemos situarlo, en el plano internacional , en la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático de 1992, desarrollada en 1997 por el denominado Protocolo de Kioto, que limita las emisiones de gases de efecto invernadero para los países desarrollados y con economías en transición. En virtud de este Protocolo, los citados países asumen el compromiso de reducir, durante el quinquenio 2008-2015, al menos un 5% de sus emisiones de determinados gases de efecto invernadero.

El mentado Protocolo fue aprobado, en relación con la Unión Europea, mediante la Decisión 2002/358/ CE, de 25 de abril de 2002, relativa a la aprobación, en nombre de la Comunidad Europea, del Protocolo de Kioto de la citada Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático y al cumplimiento conjunto de los compromisos contraídos con arreglo al mismo. Dicho Protocolo entró en vigor el 16 de febrero de 2005. No obstante, una vez ratificado dicho Protocolo por la Unión Europea y los Estados miembros, el 31 de mayo de 2002 y antes de su entrada

¹ RJ 2010/8908. Rec. Nº 173/2007. Esta descripción ya puede encontrarse en Sentencias anteriores: de 1 de octubre de 2008 (recurso nº 86/2005), sendas Sentencias 27 de noviembre de 2008 (recursos nº 44/2005 y 311/2005), de 17 de julio de 2007 (recurso nº 103/2005) y de 11 de junio de 2010 (recurso nº3/2008).

en vigor en 2005, se acuerda iniciar una política europea acorde con el riesgo derivado del cambio climático. Es la Directiva 2003/87 / CE, de 13 de octubre , el instrumento normativo encargado de establecer un régimen para el comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero, y en virtud de la cual el comercio de dichas emisiones empieza antes del primer periodo de cumplimiento del Protocolo de Kioto, fijado en 2008.

De este modo la Directiva 2003/87 /CE estableció un sistema comunitario para el comercio de los derechos de emisión de tales gases que comenzó el 1 de enero de 2005, por un periodo inicial de tres años, de 2005 a 2007. Téngase en cuenta que la Directiva 2003/87 establece una primera fase que va de 2005 a 2007, como "primer período de asignación" anterior al primer período de compromisos previsto por el Protocolo de Kioto, seguida de una segunda fase que va de 2008 a 2012, como "segundo período de asignación", que se corresponde con el primer período de compromisos (artículo 11 de la Directiva 2003/87).

Los derechos de emisión medidos en toneladas métricas de dióxido de carbono (CO₂), permiten a su titular emitir una tonelada durante un periodo temporal concreto, y son comerciables en el seno de la Unión Europea.”

La Ley 1/2005 incorpora la Directiva 2003/87²: de acuerdo con sus disposiciones, la asignación y expedición de derechos se concreta en torno a un Plan Nacional de Asignación de cada Estado de la Unión, planes que constituyen, de acuerdo con la Sentencia, como el último eslabón del sistema. Los Planes se venían aprobando por Real Decreto de Consejo de Ministros en los primeros períodos de asignación (2005-2007 y 2008 a 2012) y ahora (2013-2020) por Acuerdo del Consejo de Ministros. Estas asignaciones han presentado una importante conflictividad en vía contenciosa³.

² Ambas modificadas por la Ley 13/2010, y la Directiva 2009/29, respectivamente.

³ Así, el Real Decreto 1866/2004 (plan 2005-2007) da lugar a la Sentencia de 15 de julio de 2009, lo que da lugar a la aprobación del Real Decreto 60/2005, que también fue objeto de varias impugnaciones (resultas por Sentencias de 27 de noviembre de 2008 y de 2 de abril de 2009). El Real Decreto 1370/2006 (plan 2008-2012) debe de modificarse tras ser examinado por la Comisión, lo que da lugar a la aprobación del Real Decreto 1030/2007 y Real Decreto 1402/2007. Vid. FJ 3º de la STS de 7 de diciembre de 2010.

El actual período de asignación -2013-2020- fue aprobado por Acuerdo del Consejo de Ministros de 15 de noviembre de 2013, cuya impugnación y correspondiente Sentencia se está aquí analizando.

1.a) LA ASIGNACIÓN SINGULARIZADA DE DERECHOS A LAS INSTALACIONES: PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO BIFÁSICO Y TRANSNACIONAL

Respecto al segundo grupo, el régimen de asignación y aplicación de anterior, entre nosotros parte ya del Derecho Europeo, y no del Internacional, está ya pergeñado en el texto de la Directiva 2003/87 y se basa en un diálogo de la Comisión con los Estados miembros. Grosso modo se trata de cumplir los compromisos de emisión de la UE, y establecer los procedimientos que hagan posible que la suma de las asignaciones nacionales a las instalaciones –incorporadas en Planes Nacionales de Asignación- no superen los techos de emisión comprometidos.

El artículo 10 *bis* de la Directiva⁴ dispone que las medidas de desarrollo a escala comunitaria, totalmente armonizadas, para la asignación de los derechos de emisión determinarán, en la medida de lo posible, parámetros de referencia *ex ante* a fin de asegurar que los derechos de emisión se asignen de tal forma que se incentiven las reducciones de las emisiones de gases de efecto invernadero y las técnicas de eficiencia energética. Resultan particularmente relevantes las pautas que este artículo, en sus distintos apartados, establece para asegurar tal objetivo:

- La cantidad máxima anual de derechos de emisión, referida a determinado período, y que constituye la base de cálculo de los derechos de emisión asignados a las instalaciones, determinados por la Comisión, viene limitada por la suma de dos grupos distintos de emisiones: los basados en el Registro de la Unión y la información aportada por los Estados; el cumplimiento de esta limitación puede requerir la aplicación de un *factor de corrección* determinado por la Comisión⁵.

⁴ Incorporado por una de las modificaciones más importantes de la Directiva original, determinada por la Directiva 2009/29/CE.

⁵ Artículo 10.bis, apdo. 5, Directiva 2003/87.

- La asignación transitoria de derechos de forma gratuita, de la que están excluidos los generadores de electricidad⁶, derechos que deberán reducirse anualmente de forma que en 2020 se llegue a un 30% y en 2027 hayan desaparecido⁷.

Éstas, y otras, previsiones fueron desarrolladas por dos Decisiones de la Comisión que fueron sucesivamente impugnadas en diferentes puntos de la Unión, dando ocasión para que el TJUE estableciera una doctrina consolidada sobre su alcance:

- Por una parte, la Decisión 2011/278, de la Comisión, de 27 de abril de 2011 por la que se determinan las normas transitorias de la Unión para la armonización de la asignación gratuita de derechos de emisión con arreglo al artículo 10 bis de la Directiva 2003/87/CE.

Notificada esta Decisión de 2011, se abría un plazo para que los titulares de las instalaciones solicitaran la asignación de derechos, tras el que los Estados remitían a la Comisión las asignaciones provisionales: es en este momento cuando la Comisión, si considera que en conjunto se supera las limitaciones establecidas en la Directiva, puede establecer un *factor de corrección*;

- Por otra parte, la Decisión 2013/448, de la Comisión, de 5 de septiembre de 2013, relativa a las medidas nacionales de aplicación (MNA) para la asignación gratuita transitoria de derechos de emisión de gases de efecto invernadero⁸ que enlaza con la anterior Decisión, establece las asignaciones definitivas e incluye un factor de corrección. Esta decisión debe de aplicarse finalmente en el nivel nacional, mediante una resolución interna.

⁶ También están excluidas las instalaciones de captura, conducciones para el transporte o emplazamientos de almacenamiento de CO₂ (artículo 10 bis, apdos. 1 y 3 de la Directiva 2003/87), con la salvedad de la calefacción urbana y a la cogeneración de alta eficiencia en determinadas condiciones (apdo. 4 del mismo artículo). Establece además previsiones específicas sobre la asignación gratuita respecto de sectores o subsectores expuestas a un riesgo significativo de fuga de carbono (apdo. 12, artículo 10.bis).

⁷ Artículo 1.bis, apdo. 11.

⁸ con arreglo al artículo 11, apartado 3, de la Directiva 2003/87/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (que dice: Artículo 11 1. Los Estados miembros publicarán y presentarán a la Comisión, antes del 30 de septiembre de 2011, la lista de instalaciones reguladas por la presente Directiva en su territorio y los derechos de emisión que se asignen de forma gratuita a cada instalación, calculados de acuerdo con las normas a que se refiere el artículo 10 bis, apartado 1, y el artículo 10 quater. (...).3. Los Estados miembros no asignarán derechos de emisión de forma gratuita, conforme al apartado 2, a las instalaciones cuya inclusión en la lista a que se refiere el apartado 1 haya sido rechazada por la Comisión).

Ambas Decisiones fueron examinadas, en el marco de varios asuntos, por el Tribunal de Justicia, y resuelta por su Sentencia de 28 de abril de 2016, *Borealis y otros*, que se aplicó a las sucesivas cuestiones que cuestionaron dichas decisiones⁹. La Decisión 2011/278 se había cuestionado por distintos motivos, entre otros:

- en tanto en la metodología de cálculo de la cantidad máxima anual de derechos de emisión no computa las emisiones de los generadores de electricidad;

- también se cuestionaba la metodología de determinación de los parámetros de referencias;

- y finalmente porque la Comisión estableció dos reglas distintas para la asignación de derechos gratuitos, una para instalaciones de sectores expuestos a un riesgo significativo de fuga de carbono, y otra para los sectores no expuestos a tal riesgo

La validez de la Decisión 2011/278 fue confirmada¹⁰, considerando el Tribunal que no se apartaba de las referencias metodológicas ya avanzadas en el Directiva 2003/78 y que las amplias facultades de apreciación de la Comisión no habían sido ejercidas de forma manifiestamente inadecuada, dada la complejidad de la actividad a desarrollar.

Distinta suerte corrió la Decisión 2013/448 (MNA), que fue anulada, en tanto la Comisión se apartó de lo dispuesto en la Directiva para la fijación de la cantidad máxima anual de los derechos de emisión y para la determinación del factor de corrección¹¹. Esta anulación ya se produjo en la STJUE de 28 de abril de 2016, *Borealis*, arrastrándose a las posteriores que cuestionaban de forma idéntica el método de cálculo -que en la Directiva estaba basado en un procedimiento con intervención de los Estados miembros que la Comisión, en su Decisión de 2013, no observó. Es

⁹ Asunto *Borealis Polyilfine y otros* (C-191/14, C-192/14, C-295/14, C-389/14 y C-391 a C-393/14). Dicho criterio fue aplicado después en su STJUE de 26 de octubre de 2016, *Yara Suomi y otros* (C-506/14) y en la STJUE de 8 septiembre de 2016, C-180/15, *Borealis y Kubikenborg*

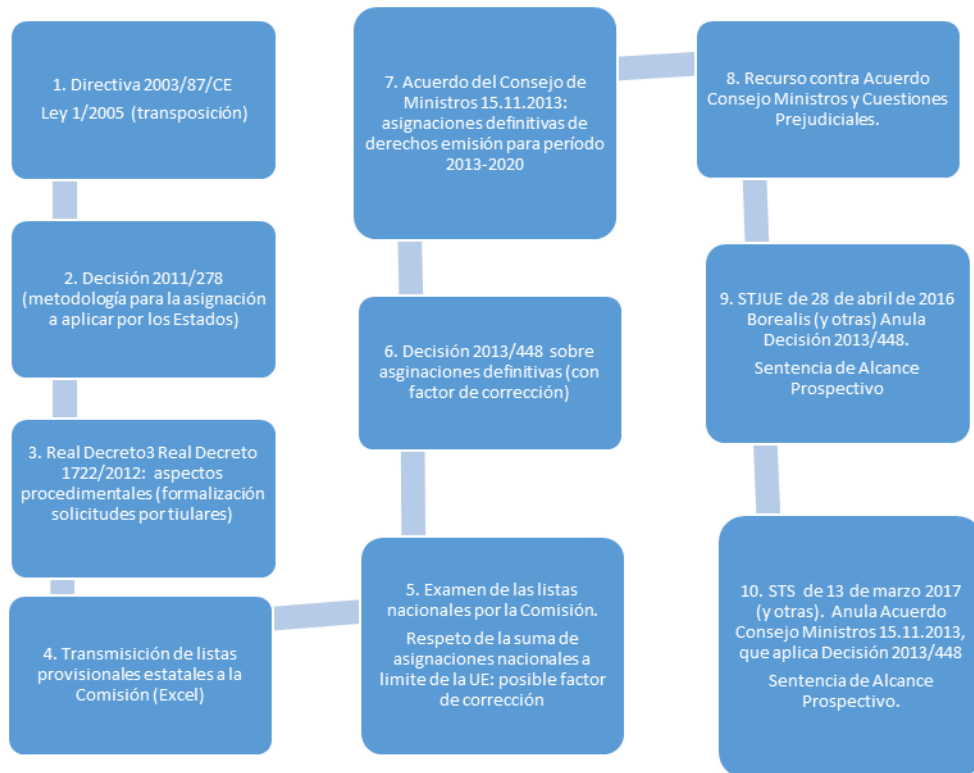
¹⁰ Vid. STJUE de 26 de octubre de 2016, *Yara Suomi*, apdos. 23, 30, 37 y 55.

¹¹ Vid. STJUE, de 26 de octubre de 2016, *Yara Suomi*, apdos. 58 a 59. En estos puntos, el Tribunal se limita aquí a aplicar los criterios de la Sentencias *Borealis* de 28 de abril de 2016, al concurrir las identidades requeridas.

interesante reproducir la literalidad con la que el Tribunal razona su decisión anulatoria, al entender que la Directiva¹²,

*“recoge una **obligación doble**. Por una parte, los Estados miembros recopilarán los datos de emisiones de las instalaciones que estén incluidas únicamente a partir de 2013 en el régimen comunitario y, por otra, dichos datos se remitirán a la Comisión para que ésta pueda proceder a adoptar las medidas a que obliga la Directiva 2003/87. De ese modo, dicha institución debería haber garantizado que los Estados miembros le presentaran los datos relevantes para poder cumplir ella misma con sus propias obligaciones. En cualquiera de los casos, y dado que dichos datos no le permitían determinar la cantidad máxima anual de derechos de emisión y, por consiguiente, el factor de corrección, la Comisión debería haber solicitado a los Estados miembros que procedieran a las correcciones necesarias.”*

En vez de hacer tal, se basó en extrapolaciones que consideraban períodos anteriores que no debían haberse computado, estableciendo erróneamente el factor de corrección.



¹² Apdo. 97, Sentencia de 28 de abril de 2016, Borealis y otros. Subrayado y negrita en el original. Asimismo en apdos. 58 a 60, Sentencia 26 de octubre 2016, Yara Suomi.

Nótese pues que el procedimiento para la asignación singularizada se produce en base a un diálogo entre la Comisión y los Estados, incorporado en sucesivos actos administrativos, en el marco de una actividad administrativa que constituyen una unidad funcional. En estos procedimientos bifásicos, las instalaciones afectadas por este régimen, y no sólo ellas, van a tener la condición de interesados en cada una de las fases del procedimiento. En este sentido, resulta de gran interés señalar que después de la Fase 1 –esto es, cuando los Estados han comunicado a la Comisión el listado de asignaciones para su examen, lo que dará lugar a la Decisión de asignación definitiva de derechos de la Fase 2-, los “interesados” pueden dirigirse a la Comisión para solicitar la información que ha recibido del Estado; y ello en base a que este procedimiento bifásico de asignación es un procedimiento “ambiental” y la información que recoge es de naturaleza “ambiental”, tal y como se pone de manifiesto en la STJUE de 13 de julio de 2017, As. C-60/15 P, a la que más abajo se hace referencia.

1.b) LA IMPUGNACIÓN INDIRECTA DE LA DECISIÓN A TRAVÉS DEL RECURSO CONTRA EL ACUERDO DEL CONSEJO DE MINISTROS QUE LA APLICA

Como se ha señalado, las múltiples cuestiones prejudiciales ante el TJUE planteadas sobre la validez de las Decisiones de la Comisión de 2011 y 2013 llevarían a las Sentencias de 2016, Borealis y sucesivas.

Pero antes de decidirse estas cuestiones prejudiciales, España añade dos nuevas cuestiones planteadas por el Tribunal Supremo español sobre la validez de las mismas Decisiones. Como quedó indicado, la Decisión de 2013 establece las asignaciones definitivas y un factor de corrección que debía aplicarse en el nivel nacional. En el caso español, tal actividad resultó en el Acuerdo del Consejo de Ministros de 15 de noviembre de 2013, por la que establece la fijación final de los derechos de emisión asignados de forma gratuita para el período 2013-2020. Dicho Acuerdo se impugna ante el Tribunal Supremo en base, únicamente, a la eventual ilegalidad de las Decisiones; el Acuerdo impugnado contenía un apartado, “Metodología de asignación”, que con claridad describe la fase final del proceso de aplicación que estamos considerando, estableciendo:

"De conformidad con el artículo 10 bis de la Directiva 2003/87/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y con la Decisión 2011/278/UE de la Comisión, el cálculo de las asignaciones se realiza en la práctica en dos etapas:

1.º Determinación de las asignaciones preliminares.

2.º Determinación de las asignaciones finales.

Las asignaciones preliminares a cada instalación son calculadas de conformidad con los apartados 2 a 8 del artículo 10 y del artículo 15 de la citada Decisión 2011/278/UE. Las asignaciones resultantes de aplicar dicho cálculo han sido notificadas a la Comisión Europea, con objeto de que lleve a cabo un escrutinio de las mismas.

En esta fase del proceso, la Comisión puede reclamar a los Estados miembros aclaraciones sobre la información facilitada y, en su caso, que se revise la aplicación de las normas de asignación gratuita en un sentido u otro, lo cual puede conllevar modificaciones de la asignación preliminar. Asimismo, puede rechazar las asignaciones preliminares en caso de que no se hayan aplicado correctamente las normas armonizadas.

Conocidas las asignaciones preliminares de todas las instalaciones de todos los Estados miembros, corresponde también a la Comisión determinar si procede aplicar el factor de corrección intersectorial y su valor. Ello depende de que la suma de todas las asignaciones preliminares supere el límite de asignación gratuita establecido con arreglo al artículo 10 bis, apartado 5, de la Directiva 2003/87/CE. La aplicación de este factor conllevaría una reducción a la baja de las asignaciones afectadas, proporcional para todas ellas, de modo que, en su conjunto, no superen el volumen máximo de asignación gratuita, tal como exige la Directiva.

Una vez concluido el escrutinio de las asignaciones preliminares y publicado por la Comisión el valor del factor de corrección intersectorial en la Decisión de la Comisión 2013/448, para calcular la asignación definitiva de cada instalación solo resta aplicar el factor de reducción lineal anual a las asignaciones preliminares de los generadores eléctricos y el factor de corrección intersectorial a las de los no generadores, de acuerdo con el apartado 9 del artículo 10 de la Decisión 2011/278/UE”.

En tanto la validez de las decisiones de la Comisión constituyen “el sustento del Acuerdo del Consejo de Ministros de 15 de octubre de 2013”,

que es el acto recurrido en los dos recursos que se plantean¹³, el Tribunal Supremo considera necesario plantear una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

1.c) LA CUESTIÓN PREJUDICIAL SOBRE LA VALIDEZ DE LA DECISIÓN APLICADA Y FINALMENTE ANULADA

El primer Auto de planteamiento del Tribunal Supremo se adoptó el 2 de junio de 2015, por tanto en fecha posterior a las otras cuestiones planteadas por jurisdicciones de otros Estados miembros –año 2014- pero anterior a las Sentencias del TJUE (2016) que las resuelve.

La resolución de la cuestión prejudicial española no se hace por Sentencia, sino mediante Auto –de 26 de octubre 2016-¹⁴ que aplica con automatismo el criterio establecido en las Sentencias de 2016 al ser las cuestiones planteadas esencialmente idénticas.

Sin embargo, dichos Autos dejan a mi entender sin respuesta una de las cuestiones planteadas por el TS español: aun cuando el resultado hubiera sido el mismo –nulidad de la Decisión de 2013- hubiera constituido una aportación valiosa a la construcción dogmática del Derecho Administrativo Europeo, en relación con estos procedimientos transnacionales, un pronunciamiento explícito del TJUE sobre los derechos de los titulares de las instalaciones –acceso a los datos y planteamiento de alegaciones- antes de que la Comisión adoptara su Decisión de 2013. En su Auto de 2 de junio de 2015, planteaba el TS la primera cuestión prejudicial en estos términos:

“1) Si la Decisión 2013/488/UE es contraria a lo previsto en el artículo 296 del TFUE y al artículo 41 de la Carta de Derechos Fundamentales, en lo atinente a que la fijación del factor de corrección ha sido establecido mediante un mecanismo que, infringiendo la obligación de motivación, no permite a los titulares de las instalaciones afectados, tomar conocimiento de los datos, cálculos y criterios tenidos en cuenta para su adaptación”¹⁵.”

¹³ Vid. STS de 28 de marzo de 2017, FJ 10º (Rec. 50/2014) y de 13 de marzo de 2017, FJ 6º (Rec. 35/2014), cuyos criterios se aplican a la anterior.

¹⁴ De la misma fecha que la Sentencia Yara Suomi, que aplica los criterios de las dos Sentencias Borealis (de 28 de abril y de 8 de septiembre de 2016).

¹⁵ Vid. FJ 6º STS 13 de marzo 2017. Esta cuestión es considerada conjuntamente con otras planteadas: Dice el Auto del TJUE, punto. 48: “Mediante sus cuestiones prejudiciales primera, segunda y quinta, el tribunal remitente solicita al Tribunal de Justicia que se pronuncie sobre la validez del artículo 4 y del Anexo II de la Decisión 2013/448, que fija el factor de corrección”.

Como veremos, tales derechos se reconocen por el TJUE en otro importante Sentencia que luego se referirá, y en que el titular de una instalación solicitó a la Comisión los datos provisionales que le habían sido comunicados por su Estado. Sin embargo en ese pronunciamiento tal condición de “interesado”, que implícitamente se reconoce, no deriva de la aplicación del procedimiento de derechos de asignación sino, en ese marco, de la invocación del Convenio de Aarhus.

1.d) LA MODULACIÓN DE EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE NULIDAD: SENTENCIAS DE ALCANCE PROSPECTIVO

El laberinto de actos administrativos sucesivos, de distinta naturaleza –definitivos, de trámite- y niveles de producción –europeo, nacional- que se acaba de describir, es susceptible de incorporar complejidades adicionales en la fase final de su aplicación, situándonos ya en un plano jurisdiccional.

Todos los cuestionamientos de legalidad de las Decisiones de la Comisión –una de las cuales, la de 2013 acaba declarándose nula por el TJUE- utilizan la vía indirecta de la cuestión prejudicial, resueltas por las resoluciones del TJUE cuyo criterio, como es propio, se incorpora en las correspondientes Sentencias nacionales. Pero en estos casos, las Sentencias del TJUE no sólo contienen la declaración sobre la validez de las Decisiones que se había solicitado por las jurisdicciones nacionales, sino que adicionalmente, y con carácter excepcional, establece los efectos temporales de su declaración de nulidad, adoptando una *Sentencia de alcance prospectivo*.

Como se dice, tal declaración es excepcional y con tal carácter está prevista en 264 TFUE en el marco del Recurso de Anulación, habilitación que, a juicio del Tribunal, es aplicable también por analogía en el marco de la cuestión prejudicial. Esta declaración excepcional pretende proteger un interés público que se vería lesionado por la aplicación inmediata de los efectos de la sentencia, esto es, por la inaplicación inmediata de los efectos de la Decisión declarada nula. Dice así el TJUE en su Sentencia Borealis de 28 de abril de 2016:

“103 Procede recordar a ese respecto que, con arreglo al artículo 264 TFUE, párrafo segundo, aplicable por analogía a las cuestiones prejudiciales relativas a la apreciación de la validez de

En ningún otro momento se hace referencia a los preceptos invocados –obligación de motivación y Carta de Derechos- en el Auto de planteamiento del TS.

los actos de la Unión contempladas en el artículo 267 TFUE, el Tribunal de Justicia dispone, cuando así lo justifiquen consideraciones imperiosas de seguridad jurídica, de una facultad de apreciación para indicar, en cada caso concreto, los efectos del acto de que se trate que deban considerarse definitivos¹⁶

105 De ello se deduce, en primer lugar, que la anulación del factor de corrección puede poner en cuestión todas las asignaciones definitivas que, basándose en una normativa que se consideraba válida, hayan precedido a la presente sentencia en los Estados miembros. Así pues, la declaración de invalidez... podría tener repercusiones graves para un gran número de relaciones jurídicas creadas de buena fe. Tales consideraciones imperiosas de seguridad jurídica pueden justificar la limitación en el tiempo de los efectos de esa declaración de invalidez.

106 (...) Ello crearía un vacío legal temporal que podría poner en riesgo la aplicación del régimen de comercio de derechos de emisión que instaura la Directiva 2003/87 y, por consiguiente, la consecución de los objetivos de ésta, ya que cualquier interrupción del comercio de derechos de emisión vulneraría incluso el objetivo principal de dicha Directiva, que es la protección del medio ambiente mediante la reducción de los gases de efecto invernadero¹⁷

111 En virtud de todo lo anterior, se han de limitar en el tiempo los efectos de la declaración de invalidez del artículo 4 y el anexo II de la Decisión 2013/448, de modo que, por una parte, dicha declaración únicamente surta efectos tras un plazo de diez meses que comenzará en la fecha en que se dicte la presente sentencia, al objeto de permitir que la Comisión proceda a adoptar las medidas necesarias y de modo que, por otra parte, no puedan impugnarse las medidas que hasta que termine dicho plazo se hayan adoptado de conformidad con las disposiciones anuladas.”

Esta declaración adicional y excepcional del TJUE, de demorar los efectos de la anulación, lleva a nuestro Tribunal Supremo a plantearse si está vinculado por tal declaración y, por lo tanto, debe dictar Sentencia con los mismos efectos, esto es, declarando la nulidad de los Acuerdos

¹⁶ Con cita de la Sentencia Volker und Markus Schecke y Eifert, C-92/09 y C-93/09, EU:C:2010:662, apartado 93.

¹⁷ Remitiendo, “por analogía” a la Sentencia Inter-Environnement Wallonie y Terre wallonne, C 41/11, EU:C:2012:103, apartado 61.

impugnados pero manteniendo sus efectos en tanto no sean sustituidos –por otro Acuerdo del Consejo de Ministros que aplicará la futura Decisión de la Comisión¹⁸-. El Tribunal Supremo reproduce la solución del TJUE, en base a los razonamientos que a continuación se detallan, y en particular sobre la reforzada vinculación de los jueces nacionales a la jurisprudencia europea que luce ahora en el artículo 4 bis de la LOPJ, que dispone¹⁹: “Los Jueces y Tribunales aplicarán el Derecho de la Unión Europea de conformidad con la jurisprudencia del TJUE”.

La Sentencia del TS de 13 de marzo de 2017²⁰, que resuelve la primera impugnación del Acuerdo del Consejo de Ministros que aplica la Decisión anulada, considera así las cuestiones jurídicas planteadas:

a) Sobre la facultad del TJUE de suspender los efectos de una Sentencia en el marco de la Cuestión Prejudicial, por aplicación analógica de las facultades de que dispone en el marco del Recurso de Anulación, y el carácter excepcional de dicha suspensión. Recuerda aquí las Conclusiones de la Abogada General, Sra. Kokott²¹:

“Tal limitación de los efectos de la sentencia es posible cuando, por una parte, existe un riesgo de repercusiones económicas graves debidas en particular al elevado número de relaciones jurídicas constituidas de buena fe sobre la base de una normativa considerada válidamente en vigor y, por otra parte, es patente que los particulares y las autoridades nacionales han sido incitados a observar una conducta contraria a la normativa de la Unión en razón de una incertidumbre objetiva e importante en cuanto al alcance de las disposiciones de la Unión, incertidumbre a la que han contribuido eventualmente los mismos comportamientos adoptados por otros Estados miembros o por la Comisión.”

¹⁸ La Decisión que sustituye a la de 2013 anulada fue adoptada por la Comisión, el 24 de enero de 2017: Decisión 2017/126/UE

¹⁹ Tras la reforma operada por la Ley Orgánica 7/2015 en la Ley Orgánica 6/1985, del Poder Judicial, precepto que ya había sido previamente invocado por el TS en sus Sentencias de 21 de diciembre de 2015 (Rec. 1556/2013), de 15 de enero de 2016 (Rec. 2181/2013 y 1774/2013) y 21 de enero de 2016 (Rec. 2390/2013), citadas en el FJ 15º de la STS de 13 de marzo de 2017 (Rec. 35/2014).

²⁰Rec. 35/2014. Criterio que se aplicará en las posteriores impugnaciones del mismo acuerdo, por ejemplo en la STS de 28 de marzo de 2017, Rec. 50/2014.

²¹ En asuntos acumulados C-191/14 y C-192/14, Asunto C-295/14, y Asuntos Acumulados C-389/14, C-391/14, C-392/14 y C-393/14 (TJCE 2016, 143), punto. 216 y 217.

En el presente caso se cumplen estos requisitos. Una reducción retroactiva afectaría a la confianza legítima de gran número de titulares de instalaciones en el carácter definitivo de la asignación. Y en cuanto al período entre la sentencia del Tribunal de Justicia y la adopción del nuevo factor de corrección, esos titulares quedarían injustamente expuestos a un riesgo de costes en caso de que las futuras asignaciones gratuitas se efectuasen con la reserva de una reducción."

Sobre el carácter "excepcional" de la suspensión, recuerda también la propia jurisprudencia del TJUE:

*"Si bien, con carácter general, el Tribunal de Justicia ha determinado que la interpretación de una norma comunitaria y su declaración de invalidez, pronunciadas en vía prejudicial, despliegan en principio efectos ex tunc, a contar desde el momento de su entrada en vigor... ello no es óbice para que, a título de excepción, atendiendo a consideraciones de seguridad jurídica, puedan tener efectos prospectivos."*²²

b) Sobre el carácter general de los efectos *ex tunc* de la anulación en nuestro ordenamiento, y el carácter "extravagante" de la suspensión, no obstante su aplicación puntual por el Tribunal Constitucional:

*"Pese a que desde la perspectiva de nuestro derecho interno una solución de esta naturaleza puede resultar extravagante, dado que en nuestro ordenamiento jurídico el concepto de nulidad de pleno derecho... se ha vinculado a la idea de invalidez radical ex tunc, es lo cierto que la suspensión de los efectos de una declaración de invalidez de un acto o normativa comunitaria, no resulta inusual en el ámbito de la justicia comunitaria."*²³

Incluso nuestro Tribunal Constitucional ha hecho uso de tal técnica. Así en sentencia 13/2015, de 5 de febrero de 2015, (...) declara la "inconstitucionalidad y nulidad"... de la citada Ley. (...). Sin embargo, el Tribunal Constitucional difiere en el tiempo los efectos jurídicos de la nulidad. En concreto, en el fundamento de derecho quinto de la sentencia se dice lo siguiente:

²² F 13ª STS 13.03.2017, con cita de la STJUE 27.03.1980 (principio general efectos extunc) y de las que justifican las excepciones a dicho principio general: STJUE 22.12.2008, de 8.11 de 2001 y de 28.05.1998.

²³ FJ 13º, primer párrafo, STS 13.03.2017.

*"La nulidad inmediata que, como regla y de acuerdo con el artículo 39.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, sigue a un pronunciamiento de inconstitucionalidad, debe ser matizada en este caso concreto ya que... la anulación de las normas antes mencionadas es susceptible de generar graves perjuicios a los intereses generales. ... Por lo tanto... (además de) un perjuicio derivado de vacíos normativos, la nulidad derivada de la declaración de inconstitucionalidad debe quedar diferida por el plazo de un año, a partir de la publicación de esta sentencia, periodo de tiempo en el que se deberá proceder a sustituir las normas declaradas nulas..."*²⁴

c) Sobre el grado de vinculación para el TS de la STJUE:

El Tribunal considera desde distintos ángulos una cuestión jurídica determinante del alcance de su fallo: el grado de vinculación para el TS de lo resulto por el TJUE a título prejudicial, una doctrina inicialmente jurisprudencial pero que llega a recogerse en el Derecho positivo tanto en la UE como en España (artículo 4.bis LOPJ), recordando sus propios pronunciamientos que han aplicado estos criterios. Finalmente, resuelve lo siguiente:

"teniendo en cuenta que la decisión acerca de la validez de un acto o disposición perteneciente al Derecho de la Unión, es una competencia de carácter exclusivo del Tribunal de Justicia, habrá que convenir que también a dicho Tribunal le corresponde determinar los efectos de dicha nulidad, esto es, si tal declaración despliega sus efectos ex tunc, como con carácter general se predica en nuestro sistema jurídico o bien ex nunc desde la declaración de invalidez e, incluso, en casos como el presente, suspendiendo sus efectos de tal declaración hasta un momento posterior, que el Tribunal fundamenta en su propia interpretación de las normas del Tratado y de su Reglamento de procedimiento y acerca de cuya corrección esta Sala nada puede manifestar, incluso aunque su aplicación al presente caso de lugar a una solución que puede reputarse como insólita, dado que a virtud de tal decisión del TJUE, habrá que considerar que la invalidez declarada no ha producido efectos sobre aquellos actos dictados en su aplicación o desarrollo, como ocurre con la asignación realizada por los distintos Estados miembros de los derechos de emisión inicialmente asignados, lo que en definitiva determine su"

²⁴ FJ 14º STS 13.03.2017.

Los criterios y fallo de esta Sentencia se aplican después en la STS de 28 de marzo de 2017 (Rec. 50/2014), al considerar en su FJ1º que:

“Los principios de unidad de doctrina, seguridad jurídica e igualdad nos obligan a resolver el presente litigio de conformidad con lo expuesto y decidido en la STS de 13 de marzo de 2017, por la que se resuelve un recurso de plena identidad con el presente.”

2. LOS “INTERESADOS” EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO -BIFÁSICO Y TRANSNACIONAL- DE ASIGNACIÓN DE DERECHOS DE EMISIÓN

2.a) EL DOBLE RÉGIMEN DE ACCESO A LA INFORMACIÓN AMBIENTAL: LA DIVULGACIÓN DE EMISIONES AL MEDIO AMBIENTE CONSTITUYE PER SE UN INTERÉS GENERAL

Aunque en las Sentencias anteriores el TJUE tuvo ocasión de pronunciarse sobre la posición, durante la tramitación del procedimiento de asignación, de las instalaciones a las que se habrá asignar los derechos de emisión, no lo hizo, aunque no tardó en hacerlo en otra Sentencia posterior.

El asunto C-60/15P de la petición a la Comisión, por parte de una empresa alemana, de los datos que le había transmitido el Estado alemán, en aplicación de la Decisión de 2011, y antes de adoptarse la Decisión de 2013. Tal petición es rechazada por la Comisión, en base al eventual perjuicio que derivaría en el proceso de toma de decisiones: esta negativa es recurrida ante el Tribunal General, que la confirma, y esta confirmación recurrida en casación ante el TJUE, que la revoca –Sentencia de 13 de julio de 2017-, reconociendo el derecho de la empresa alemana a acceder a la información solicitada.

Esta Sentencia es particularmente interesante en tanto arroja (alguna) luz sobre cuestiones generales del máximo interés:

- en primer lugar, la interacción de un régimen general – Reglamento 1049/2001 de acceso del público a la información en poder de las instituciones- con un régimen especial – Reglamento 1367/2006, de acceso a la información ambiental-, aplicables al régimen de asignación de derechos de emisión;

- en segundo lugar, porque en el marco de aplicación de la normativa del régimen de asignación de derechos de emisión que se ha descrito en la primera parte –establecido en la Directiva

2003/87/CE, Decisión 2011/278 y Decisión 2013/448- el Tribunal de Justicia distingue entre “procedimiento administrativo” y “procedimiento de decisión”; y ello a los efectos de aplicar a uno u a ambos, la excepción al principio general de acceso a la información ambiental que se basa en el “riesgo del proceso de decisión”... (o algo así).

El régimen general de 2001 establece una serie de excepciones de acceso a la información en poder de las instituciones en varios supuestos, por lo que aquí interesa (artículo 4):

- cuando la divulgación suponga un perjuicio a los objetivos de inspección, investigación o auditoría, salvo que su divulgación revista un *interés público superior*;

- cuando la divulgación perjudique gravemente el proceso de *toma de decisiones* de la institución, salvo que dicha divulgación revista un *interés público superior*.

El régimen especial de acceso a la información ambiental de 2006, por su parte establece también una serie de reglas y excepciones (artículo 6) y se refiere explícitamente a las excepciones del régimen general (2001), en relación al cual establece dos reglas específicas:

- se considera que la divulgación solicitada reviste *per se* un *interés público superior* cuando se refiera a *emisiones al medio ambiente*²⁵,

- los motivos de denegación del régimen general serán interpretados de manera restrictiva, teniendo en cuenta el interés público que revista la divulgación y si la información solicitada se refiere a emisiones al medio ambiente.

Es éste el marco que hay que aplicar a la petición de la Sociedad Saint-Gobain a la Comisión para acceder al documento Excel que, en aplicación de la Decisión de 2011/448 le habían transmitido las autoridades alemanas. La Comisión, consultado el Estado alemán –que se opone a la divulgación- rechaza el acceso solicitado –sólo le consiente un acceso parcial- en base a que:

²⁵ Con la única excepción, de que las investigaciones referidas en el régimen general, como causa de denegación, estén referidas a infracciones del Derecho comunitario.

*“La divulgación íntegra de la información solicitada perjudicaría gravemente a su proceso de toma de decisiones...permitiría al público, y en particular a las empresas afectadas plantear cuestiones o formular críticas respecto de la información transmitida por los Estados miembros, lo que podría interferir en el proceso de toma de decisiones. Esas interferencias podrían, a su vez, retrasar significativamente ese proceso.”*²⁶

Las denegaciones de acceso fueron cuestionadas ante el Tribunal General, que dictó Sentencia confirmando dichas denegaciones –Sentencia de 11 de diciembre de 2014, T-476/12-, Sentencia que fue recurrida en casación ante el TJUE.

2.b) LA SENTENCIA DEL TJUE DE 13 DE JULIO DE 2017

Esta Sentencia resuelve el recurso de casación, anulando la Sentencia de instancia y reconociendo las pretensiones del recurrente – acceso a la información ambiental, constituida por los datos provisionales que el Estado había transmitido a la Comisión para el cálculo de los derechos de emisión. Al margen de la solución específica, el TJUE resuelve en base a consideraciones y criterios que son susceptibles de extrapolarse a otros asuntos similares, entre ellos cuando se pretenda aplicar una excepción al acceso a la información (ambiental).

En primer lugar, empieza el Tribunal recordando que el Reglamento 1049/2001 de acceso a la información en poder de las instituciones, trae causa de la reforma de los Tratados operada por el Tratado de Amsterdam –artículo 1, párrafo 2º TFUE- que pretende marcar “una nueva etapa... en el cual las decisiones sean tomadas de la forma *más abierta y próxima* a los ciudadanos...; el derecho de acceso del público a los documentos de las instituciones está ligado al *carácter democrático* de éstas”²⁷

El objeto del Reglamento es garantizar al público el derecho de acceso más amplio posible a los documentos de las instituciones; este principio del “mayor acceso” aparece invalidado por las excepciones que permite la denegación cuando la divulgación suponga un perjuicio para

²⁶ Pto. 25 de la STJUE de 13 de julio 2017.

²⁷ Apdo. 60 de la STJUE de 13 de julio 2017, con cita a la STJUE de 1 de julio 2008, C-39/05 P y C-52/05 P.

alguno de los intereses protegidos, excepciones que “deben interpretarse y aplicarse en sentido estricto”²⁸.

En segundo lugar, hace referencia al régimen especial al que está sujeto la información ambiental, establecido en el Reglamento 1367/2006 que trae causa en el Convenio de Aarhus. Tal régimen especial, por lo que aquí interesa:

- pretenda garantizar que la información ambiental se difunda y ponga a disposición del público de la forma “más amplia y sistemática posible”;

- añada normas más específicas para las solicitudes de acceso a la información –respecto de las establecidas en el régimen general de 2001-;

- incorpora un criterio de interpretación de las excepciones contenidas en el régimen general; en particular, y respecto a la excepción del riesgo de perjudicar “gravemente el *proceso de toma de decisiones* de la institución, salvo que dicha divulgación revista un interés público superior” (artículo 4, apdo. 3 Reglamento 1040/2001), el régimen especial impone que este “motivo de denegación deberá interpretarse de *manera estricta*, teniendo en cuenta el interés público que reviste la divulgación y si la información solicitada se refiere a *emisiones al medio ambiente* (artículo 6, apdo. 1 Reglamento 1367/2006)”²⁹

Establecido el encuadramiento de la cuestión, el Tribunal parte del concepto de “proceso de toma de decisiones” en este ámbito, esto es, en el régimen de asignación de derechos de emisión que quedó descrito, y lo diferencia de la “totalidad del procedimiento administrativo” en el que tal proceso se incardina. Considera que la denegación de acceso en base al riesgo que la divulgación pudiera suponer para el “proceso de toma de decisiones”, establecida en el Reglamento 2001, no puede aplicarse a la totalidad del procedimiento administrativo, literalmente:

“75. Procede señalar que la interpretación... efectuada por el Tribunal General, al equiparar los conceptos de proceso de toma de decisiones y procedimiento administrativo, conduce a extender el ámbito de aplicación de la excepción al derecho de acceso... hasta

²⁸ Apdos. 62 y 63, con cita a las Sentencias de 18 de diciembre de 2007 (C-64/05P) y de 21 de julio de 2011, (C-506/08 P)

²⁹ Adpo. 66., con cita a su Sentencia de 14 de noviembre de 2013, As. C-513/11P y C-605/11P

el punto de permitir que una institución de la Unión deniegue el acceso a cualquier documento, incluidos los que contienen información medioambiental, en poder de aquélla cuando ese documento esté directamente relacionado con los asuntos tratados en el marco de un procedimiento administrativo pendiente ante esa institución.

76. Pues bien, el concepto de “proceso de toma de decisiones” contemplado por la citada disposición debe entenderse referido a la adopción de la decisión sin cubrir la totalidad del procedimiento administrativo que condujo a aquélla.”

Nótese que en este razonamiento, que rechaza la amplitud de la excepción al acceso a la información con la que fue aplicada por la Comisión y por el Tribunal General, el régimen jurídico que aplica es sólo el Reglamento general de 2001. Y aun así, considera que el momento en que se formula la petición de acceso –tras recibir la Comisión las listas provisionales de asignaciones- forma parte del procedimiento administrativo, pero no del proceso decisorio –representado ya por la Decisión de 2013-, por lo que la excepción no es susceptible de aplicarse.

A continuación, aplica ya el régimen específico del Reglamento de 2006 que reposa en el Convenio de Aarhus, recordando que dicho convenio prevé una excepción similar al acceso a la información ambiental – artículo 4, apdo. 4, letra a)- que prevé la denegación cuando la “divulgación pudiera tener efectos desfavorables sobre el secreto de las deliberaciones de las autoridades públicas, cuando ese secreto esté previsto en el Derecho interno, y no sobre la totalidad del procedimiento administrativo al final del cual deliberan esas autoridades”³⁰

De este modo, en base a éstas y otras consideraciones, concluye el TJUE que:

“Procede declarar que el Tribunal General cometió un error de Derecho al no haber interpretado el artículo 4, apdo. 3, párrafo primero (del Reglamento 1048/2001) de manera estricta, como exige el artículo 6, apdo. 1, segunda frase, del Reglamento 1367/2006.”

³⁰ Apdo. 81.

2.c) LA PARTICIPACIÓN EN EL CONVENIDO DE AARHUS, SU INCORPORACIÓN AL DERECHO INTERNO Y SU APLICACIÓN JURISPRUDENCIAL

En la Sentencia comentada se subrayan varios elementos relevantes en el régimen de asignación de derechos de emisión que en este trabajo se considera:

- la asignación se realiza en el marco de un procedimiento administrativo amplio, bifásico, en el marco del cual se incardina el proceso de decisión que, sin embargo, no es la última fase procedimental;

- en el ámbito europeo, la mera divulgación de información sobre emisiones al medio ambiente constituye, en sí misma, un interés legítimo, lo que limita la aplicación de las excepciones al acceso;

- tratándose de una información “ambiental”, es de aplicación el régimen reforzado de acceso a la información establecido en la “normativa Aarhus”, que conlleva un régimen más restrictivo para denegar legítimamente una petición de información.

Tratamos ahora aquí, muy brevemente, otro de los elementos reforzados por la “normativa Aarhus”: como es sabido, además de al acceso a la información y el acceso a la justicia, refuerza la “participación” del público en el proceso de toma de decisiones –planes, programas y disposiciones de carácter general-.

Este derecho de participación es más amplio que la “participación” en el proceso de adopción de disposiciones reglamentarias que tradicionalmente establece nuestro derecho³¹, derechos de participación

³¹ Véase ahora el artículo 133 de la Ley 39/2015 –pendiente de pronunciamiento constitucional- que dispone: “Participación de los ciudadanos en el procedimiento de elaboración de normas con rango de Ley y reglamentos”. 1. Con carácter previo a la elaboración del proyecto o anteproyecto de ley o de reglamento, se sustanciará una consulta pública, a través del portal web de la Administración competente en la que se recabará la opinión de los sujetos y de las organizaciones más representativas potencialmente afectados por la futura norma acerca de: a) Los problemas que se pretenden solucionar con la iniciativa. b) La necesidad y oportunidad de su aprobación. c) Los objetivos de la norma. d) Las posibles soluciones alternativas regulatorias y no regulatorias. 2. Sin perjuicio de la consulta previa a la redacción del texto de la iniciativa, cuando la norma afecte a los derechos e intereses legítimos de las personas, el centro directivo competente publicará el texto en el portal web correspondiente, con el objeto de dar audiencia a los ciudadanos afectados y recabar cuantas aportaciones adicionales puedan hacerse por otras personas o entidades. Asimismo, podrá también recabarse directamente la opinión de las organizaciones o asociaciones reconocidas por ley que agrupen o representen a las personas

que, además, tienen distinta apoyatura constitucional. Si este entendimiento “tradicional” de la participación enlaza con el artículo 105, en el ordenamiento ambiental tiene una apoyatura adicional en el mandato dirigido a los poderes públicos y expresado en el artículo 45 –protección del medio ambiente y de la calidad de vida-: aquí la participación trasciende el mero derecho subjetivo para convertirse en un instrumento que coadyuva al cumplimiento del mandato constitucional del artículo 45. A nivel legislativo, tal participación debe concretarse en un marco que procure “la más amplia, activa, inclusiva y accesible participación pública posible... en las fases más tempranas del proceso de decisión y, como buena práctica, posibilitar la revisión de conclusiones previas sobre la base de nueva información”³².

Las tres Sentencias consideradas, dictadas en procesos que cuestionaban el nuevo régimen retributivo de las energías renovables³³, manifiestan la confusión entre ambos derechos, reproduciendo un lacónico e idéntico pronunciamiento para rechazar la “aplicación de Aarhus” que raya en la incongruencia omisiva.

En los tres asuntos los recurrentes invocaron violación del derecho de participación en la elaboración de disposiciones generales en materia ambiental reconocido por el Convenio de Aarhus y, en su versión estatal, por la Ley 27/2006. Toda referencia del alto Tribunal a este derecho, y a esta norma jurídica fundamental de la “democracia ambiental” reconduce

cuyos derechos o intereses legítimos se vieran afectados por la norma y cuyos fines guarden relación directa con su objeto. 3. La consulta, audiencia e información públicas reguladas en este artículo deberán realizarse de forma tal que los potenciales destinatarios de la norma y quienes realicen aportaciones sobre ella tengan la posibilidad de emitir su opinión, para lo cual deberán ponerse a su disposición los documentos necesarios, que serán claros, concisos y reunir toda la información precisa para poder pronunciarse sobre la materia. 4. Podrá prescindirse de los trámites de consulta, audiencia e información públicas previstos en este artículo en el caso de normas presupuestarias u organizativas de la Administración General del Estado, la Administración autonómica, la Administración local o de las organizaciones dependientes o vinculadas a éstas, o cuando concurran razones graves de interés público que lo justifiquen. Cuando la propuesta normativa no tenga un impacto significativo en la actividad económica, no imponga obligaciones relevantes a los destinatarios o regule aspectos parciales de una materia, podrá omitirse la consulta pública regulada en el apartado primero. Si la normativa reguladora del ejercicio de la iniciativa legislativa o de la potestad reglamentaria por una Administración prevé la tramitación urgente de estos procedimientos, la eventual excepción del trámite por esta circunstancia se ajustará a lo previsto en aquella.

³² Vid. Recomendación de 30 de Junio de 2014 de UNECE (Recomendación de Maastricht) sobre la Efectiva Participación Pública en el proceso de toma de decisiones ambientales.

³³ - STS de 31 de marzo de 2017 (560/2017), RJ 2017/1791 (recurso contra RD 413/2014); - STS 5 septiembre 2017 (1370/2017), RJ 2017/4152 (recurso contra RD 413/2014) y STS de 13 de julio 2017 (núm. 1257/2017, RJ 2017/4149, recurso contra la Orden IET/1045/2014).

esta “participación” específica a la fase de “audiencia y alegaciones”, razonando lo que sigue³⁴:

c) Sobre la infracción del derecho de participación y del derecho de audiencia.

El cuarto motivo de impugnación de la Orden IET/1045/2014, fundado en la infracción del derecho de participación reconocido en la Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente, no puede ser estimado.

Esta Sala ha rechazado que en el procedimiento de elaboración de la Orden IET/1045/2014 se haya vulnerado el derecho de audiencia, poniendo de relieve que la propuesta de Orden se remitió para informe a la CNMC interesando que la Comisión diera audiencia a los interesados a través del Consejo Consultivo de la Electricidad; lo que efectivamente se llevó a efecto, dándoles un plazo de veinte días hábiles para alegaciones.

Y aunque puede objetarse que también en este caso el plazo resultaba demasiado ajustado, dada la complejidad de la regulación, hemos de remitirnos a las razones expuestas con relación a la tramitación urgente del Real Decreto. Por lo demás, no puede decirse que las alegaciones que los interesados formularon en ese plazo fuesen luego enteramente ignoradas o cayesen en el vacío, pues la "Memoria del análisis del impacto normativo del proyecto de Orden" que obra en el expediente se refiere con algún detenimiento a las alegaciones formuladas en este trámite de audiencia llevado a cabo a través del Consejo Consultivo de Electricidad.

Nótese que esta modalidad jibarizada de participación –a través de la CNMC y del Consejo Consultivo de la Electricidad- no cumple ni siquiera las exigencias de la versión en vigor de la participación en elaboración de disposiciones de carácter general –artículo 133 Ley 39/2015-. Y mucho menos, claro, el entendimiento que de la participación en la elaboración de disposiciones ambientales ha establecido el “intérprete auténtico” del Convenio de Aarhus, esto es, las Partes del Convenio que aprueban la Recomendación de Maastricht de 30 de junio de 2014, sobre la promoción

³⁴ Vid. FJ 6º de STS de 13 de julio de 2017, argumento que en términos idénticos se reproduce en las otras dos Sentencias.

de la participación efectiva del público en el proceso de toma de decisiones ambientales³⁵.

Sobre la participación indirecta a través de asociaciones y entidades representativas, dispone la Recomendación en su apartado 189 que:

“si el público tiene oportunidad de participar a través de órganos consultivos representativos, los representantes han debido de ser seleccionados a través de un proceso transparente, democrático y representativo que asegure la rendición de cuentas y la transparencia absoluta ante sus representados³⁶. Las personas con un interés financiero directo en el posible resultado del proceso normativo no pueden participar en el mismo.”

Qué lejos queda este standard.

3. UNA REFLEXIÓN FINAL: APORTACIONES AL DERECHO ADMINISTRATIVO EUROPEO

El Derecho Administrativo Europeo emerge, de forma decidida, cuando por imperativos del Derecho comunitario el Derecho Administrativo nacional pierde una de sus notas características: la territorialidad. Así, y sin perjuicio de manifestaciones previas, el Derecho Aduanero, un ordenamiento de alto contenido procedimental que considera un territorio aduanero europeo único, articula procedimientos que se inician con la validación de un acto administrativo en la aduana de Valencia y terminan con un acto similar de la autoridad aduanera de Rotterdam, por ejemplo, sin mediar acto alguno de reconocimiento expreso de estos actos nacionales. A este ordenamiento sectorial le siguen otros, el ambiental con los procedimientos de traslados de residuos a través del territorio de la Unión –en el que intervienen las distintas autoridades nacionales de su recorrido con carácter previo a su autorización-, o el

³⁵ Dicha Recomendación, que no tiene carácter vinculante ni constituye una “interpretación oficial de la Convención”, está basada en buenas prácticas existentes y se aprueba con el objetivo de ser un instrumento útil para políticos, legisladores, autoridades públicas y público en general en el proceso de aplicación del Convenio de Aarhus.

³⁶ A título de ejemplo, en las Sentencias mencionadas participación exigida por el “marco Aarhus” se reconduce a la audiencia y alegaciones que se articula a través de la CNMC y del Consejo Consultivo de la Electricidad: respecto de este último, de sus 41 miembros sólo 1 corresponde a los consumidores domésticos, no menos de 13 a representantes de productores y el resto a representantes de la Administración Central y Autonómica.

procedimiento de autorización de liberaciones intencionadas al medio ambiente de organismos modificados genéticamente, en el que intervienen también varias autoridades nacionales.

Se ha referido aquí otro sector que muestra esta desafiante y rotunda extraterritorialidad, que es la base –régimen de comercio de emisión- de un nuevo sector de regulación que está actualmente emergiendo, el ordenamiento climático. De acuerdo con la jurisprudencia analizada, en el marco jurídico de asignación podemos subrayar los siguientes elementos:

- transnacionalidad del procedimiento: fase nacional y fase europea en la adopción de una decisión administrativa, y fase nacional posterior de mera aplicación: en su conjunto estas fases se integran en un único Procedimiento Administrativo, aunque dentro de él hay que distinguir un Procedimiento de Decisión que, además, no es la última fase del Procedimiento Administrativo;

- la actividad administrativa se despliega de acuerdo con un marco jurídico y, a mayor abundamiento, con la metodología establecida en la Decisión de 2011, cuya naturaleza jurídica podría asimilarse a la de nuestras Instrucciones;

- la aplicación del marco jurídico se desarrolla a través de un procedimiento bifásico en el que los particulares afectados tienen la condición de interesados en todas las fases del procedimiento administrativo;

Pero es que el supuesto analizado añade un efecto novedoso: ya no es sólo la actividad administrativa la que se muestra concatenada en los dos niveles –nacional y europeo- de ejecución en unidad funcional de acción, sino que afecta también a la subsiguiente actividad jurisdiccional, a la que ahora se le presentan matices adicionales³⁷ a los que derivan de la práctica habitual del planteamiento de cuestiones prejudiciales: este único procedimiento puede determinar una Sentencia del TJUE, vía cuestión

³⁷ Estos “matices adicionales” están aquí referidos a la eventual vinculación de la jurisdicción nacional a una Sentencia de alcance prospectivo de la jurisdicción europea que resuelve una cuestión prejudicial. Sería interesante averiguar cómo resolvieron los demás órganos jurisdiccionales que plantearon cuestiones prejudiciales idénticas. Por lo demás, en el ámbito del Derecho de la competencia se presentan mucho más que matices adicionales, al establecer el Reglamento 1/2003 una suerte de prejudicialidad del órgano jurisdiccional nacional en favor de la Comisión (vid. Capítulo IV del Reglamento, dedicado a la “Cooperación”, y en particular su Artículo 16).

prejudicial, que condicionará no sólo el contenido de la Sentencia nacional sino también sus efectos temporales. Esto es, apreciados y modulados por el TJUE los efectos de su Sentencia de anulación, convirtiéndola en una Sentencia de alcance prospectivo, los efectos de la Sentencia nacional que la incorpora también se demorarán en el tiempo: solución “insólita” en el ámbito jurisdiccional español, aunque con precedentes en la doctrina constitucional española.

Se trata de un elemento valioso a considerar en la aun no cerrada construcción del Derecho Administrativo Europeo, que nos muestra cómo la unidad de acción administrativa en los niveles europeo y nacional, en la aplicación de una norma europea, altera también, y condiciona, la actividad jurisdiccional asociada a dicha ejecución.

4. JURISPRUDENCIA ANALIZADA

- **Europea: “marco Aarhus”: participación en la adopción de disposiciones ambientales**

STJUE de 13 de julio de 2017, As. C-60/15 P. Recurso de Casación. Aplicación del Convenio de Aarhus en el marco del régimen de derechos de emisión: la divulgación de emisiones al medio ambiente es, per se, de interés general. Condición de interesados de los titulares de las instalaciones ante la Comisión en el procedimiento administrativo transnacional de asignación.

- **Europea: régimen de asignación de derechos de emisión**

STJUE de 28 de abril de 2016, Asunto Borealis Polyiléfine y otros, C-191/14, C-192/14, C-295/14, C-389/14 y C-391 a C-393/14). Cuestiones Prejudiciales. Nulidad de la Decisión 2013/448 de la Comisión por la que se establecen los marcos nacionales de asignación (MNA) para el período 2013-2020. Sentencia de Alcance Prospectivo. Determina la nulidad de los actos nacionales de aplicación (en España, Acuerdo del Consejo de Ministros de 15 de noviembre de 2013, anulado, con carácter prospectivo, por la STS 13 de marzo de 2017)

STJUE de 8 septiembre de 2016, Borealis y Kubikenborg, C-180/15 aplicación criterios STJUE de 28 abril de 2016. Sentencia de Alcance Prospectivo.

STJUE de 26 de octubre de 2016, Yara Suomi y otros (C-506/14): aplicación criterios STJUE de 28 abril de 2016. Sentencia de Alcance Prospectivo.

- **Española: “marco Aarhus”: participación en la adopción de disposiciones ambientales**

STS de 31 de marzo de 2017 (Rec. 560/2017), nuevo régimen retributivo producción energías renovables (RD 413/2014). Aplicación “marco Aarhus” mediante invocación de la Ley 27/2006.

STS de 13 de julio 2017 (núm. 1257/2017), nuevo régimen retributivo producción energías renovables (Orden IET/1045/2014). Aplicación “marco Aarhus” mediante invocación de la Ley 27/2006.

STS 5 septiembre 2017 (1370/2017), nuevo régimen retributivo producción energías renovables (RD 413/2014). Aplicación “marco Aarhus” mediante invocación de la Ley 27/2006.

- **Española: régimen de asignación de derechos de emisión**

STS de 28 de marzo de 2017 (Rec. 50/2014), incorpora doctrina de STS de 13 de marzo 2017. Sentencia de alcance prospectivo.

STS 13 de marzo 2017 (Rec. 35/2014), que incorpora criterio del TJUE solicitado mediante cuestión prejudicial. Sentencia de alcance prospectivo.

Auto del TS de 2 de junio de 2015: planteamiento de cuestión prejudicial al TJUE en el marco de un Recurso contencioso contra Acuerdo de Consejo de Ministros que aplica la Decisión 2013/448 basado, únicamente, en la ilegalidad de dicha decisión.

STS de 7 de diciembre de 2010, que examinó la asignación de derechos para el período 2008-2012. Describe marco jurídico aplicable desde el nivel internacional.