

Edición provisional

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL

SR. GERARD HOGAN

presentadas el 3 de junio de 2021 (1)

Asunto C-126/20

ExxonMobil Production Deutschland GmbH

contra

Bundesrepublik Deutschland, representada por la Umweltbundesamt

[Petición de decisión prejudicial planteada por el Verwaltungsgericht Berlin (Tribunal de lo Contencioso-Administrativo de Berlín, Alemania)]

«Petición de decisión prejudicial — Régimen para el comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero — Normas transitorias para la armonización de la asignación gratuita de derechos de emisión — Decisión 2011/278/UE de la Comisión — Artículo 3, letra h) — Subinstalación con emisiones de proceso — Recuperación de azufre — “Proceso Claus” — Emisión de CO₂ contenido en el gas natural — Alcance del concepto de “subinstalación con emisiones de proceso” — Utilización de materias primas con contenido de carbono — Jerarquía entre las distintas categorías de subinstalaciones — Solicitud de asignación no concedida al final de un período de comercio — Transición al siguiente período de comercio»

I. Introducción

1. La presente petición de decisión prejudicial procedente del Verwaltungsgericht Berlin (Tribunal de lo Contencioso-Administrativo de Berlín, Alemania) se refiere principalmente a lo que se designa como «subinstalación con emisiones de proceso» de conformidad con el artículo 3, letra h), inciso v), de la Decisión 2011/278/UE de la Comisión. (2) Esta es una de las categorías en virtud de las cuales es posible la asignación gratuita de derechos de emisión a una instalación en virtud de la Directiva 2003/87/CE, (3) que establece un régimen para el comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero para las empresas que operan en la Unión Europea.

2. Si bien es cierto que esta cuestión es altamente técnica —en particular, si procede asignar gratuitamente derechos de emisión a las emisiones de dióxido de carbono (CO₂) liberado de forma natural en el curso de un proceso industrial conocido como «proceso Claus»—, adquiere una notable importancia económica. Así lo atestigua el hecho de que la demanda de ExxonMobil Production Deutschland GmbH (en lo sucesivo, «ExxonMobil») ascienda a una cuantía aproximada de 3,5 millones de derechos de emisión, con un valor de mercado de unos 78,5 millones EUR para el período 2013-2019. (4) Sin embargo, antes de

examinar los hechos y las cuestiones jurídicas que se plantean, es necesario exponer en primer lugar el marco jurídico aplicable.

II. Marco jurídico

A. Derecho de la Unión

1. Directiva 2003/87

3. La Directiva 2003/87 define su ámbito de aplicación en el artículo 2, apartado 1, que es del siguiente tenor:

«La presente Directiva se aplicará a las emisiones generadas por las actividades a que se refiere el anexo I y a los gases de efecto invernadero que figuran en el anexo II.»

4. Las definiciones pertinentes se recogen en su artículo 3:

«b) “emisión”: la liberación a la atmósfera de gases de efecto invernadero a partir de fuentes situadas en una instalación;

[...]

e) “instalación”: una unidad técnica fija donde se lleven a cabo una o varias actividades de las enumeradas en el anexo I, así como cualesquiera otras actividades directamente relacionadas con aquellas que guarden una relación de índole técnica con las actividades llevadas a cabo en dicho lugar y puedan tener repercusiones sobre las emisiones y la contaminación.»

5. El capítulo III de la Directiva 2003/87 se ocupa de las normas relativas a las instalaciones fijas. Su artículo 10 establece el principio según el cual, a partir de 2013, los Estados miembros subastarán todos los derechos de emisión que no se asignen de forma gratuita con arreglo a los artículos 10 *bis* y 10 *quater*.

6. El artículo 10 *bis* lleva por título «Normas comunitarias de carácter transitorio para la armonización de la asignación gratuita de derechos de emisión». En su apartado 1, párrafo primero, dispone que la Comisión adoptará medidas de ejecución plenamente armonizadas a escala de la Unión para la asignación gratuita de derechos de emisión.

7. Mientras que el artículo 10 *bis*, apartado 11, de la Directiva 2003/87 establece que la cantidad de derechos de emisión asignados de forma gratuita se reducirá cada año con el objetivo de que en 2027 no se asigne ningún derecho de emisión de forma gratuita, el apartado 12 de dicha disposición especifica que los sectores o los subsectores expuestos a un riesgo significativo de fuga de carbono no sufrirán tal reducción.

8. El artículo 10 *bis*, apartados 13 a 18, de la Directiva 2003/87 establecía normas para determinar qué sectores o subsectores están expuestos a un riesgo significativo de fuga de carbono.

9. El artículo 12 de la Directiva 2003/87, que lleva por título «Transferencia, entrega y cancelación de derechos de emisión», establece en su apartado 3:

«Los Estados miembros velarán por que, a más tardar el 30 de abril de cada año, el titular de cada instalación entregue un número de derechos de emisión [...] equivalente a las emisiones totales de esa instalación durante el año natural anterior [...] y por que dichos derechos se cancelen a continuación.»

10. El artículo 13, dedicado a la validez de los derechos de emisión, dispone lo siguiente:

«1. Los derechos de emisión expedidos a partir del 1 de enero de 2013 serán válidos para las emisiones producidas durante períodos de ocho años, empezando el 1 de enero de 2013.

2. Transcurridos cuatro meses a partir del comienzo de cada período contemplado en el apartado 1, la autoridad competente cancelará los derechos de emisión que hayan dejado de ser válidos y que no se hayan entregado y cancelado de conformidad con el artículo 12.

[...]»

11. El texto del artículo 13 fue sustituido por la Directiva 2018/410. (5) Actualmente dispone lo siguiente:

«Los derechos de emisión expedidos a partir del 1 de enero de 2013 tendrán validez indefinida. Los derechos de emisión expedidos a partir del 1 de enero de 2021 incluirán una indicación que muestre en qué período de diez años a partir del 1 de enero de 2021 se expidieron, y serán válidos para las emisiones desde el primer año de ese período en adelante.»

2. *Decisión 2011/278*

12. El considerando 12 de la Decisión 2011/278 establece lo siguiente:

«En los casos en que no fue posible obtener una referencia de producto pero se generan gases de efecto invernadero que podrían optar a la asignación gratuita de derechos de emisión, estos derechos deben asignarse sobre la base de enfoques genéricos alternativos. Se ha establecido una jerarquía de tres enfoques alternativos a fin de maximizar las reducciones de emisiones de gases de efecto invernadero y el ahorro de energía al menos en alguna parte de los procesos de producción en cuestión. La referencia de calor es aplicable a los procesos de consumo de calor cuando se utiliza un transmisor de calor medible. La referencia de combustible es aplicable cuando se consume calor no medible. Los valores de las referencias de calor y combustible se han calculado sobre la base de los principios de transparencia y simplicidad, utilizando como referencia la eficiencia de un combustible de uso generalizado que puede considerarse la mejor alternativa en términos de eficiencia en relación con los gases de efecto invernadero, habida cuenta de las técnicas de eficiencia energética. En cuanto a las emisiones de proceso, los derechos de emisión deben asignarse sobre la base de las emisiones históricas. [...]»

13. El artículo 3, letra h), incisos iv) y v), de la Decisión 2011/278 define del siguiente modo las subinstalaciones con emisiones de proceso:

«h) “subinstalación con emisiones de proceso”: las emisiones de gases de efecto invernadero enumeradas en el anexo I de la [Directiva 2003/87], distintas de las de dióxido de carbono, que se producen fuera de los límites del sistema de una referencia de producto contemplada en el anexo I, o las emisiones de dióxido de carbono que se producen fuera de los límites del sistema de una referencia de producto contemplada en el anexo I, como resultado de alguna de las actividades y emisiones que figuran a continuación, derivadas de la combustión de carbono parcialmente oxidado producido como resultado de las siguientes actividades a los efectos de la producción de calor medible, calor no medible o electricidad, a condición de que se deduzcan las emisiones que habría generado la combustión de una cantidad de gas natural equivalente al contenido energético utilizable desde el punto de vista técnico del carbono parcialmente oxidado objeto de la combustión:

[...]

iv) la síntesis de productos químicos, cuando el material que contiene carbono participa en la reacción, para una finalidad primaria distinta de la generación de calor,

v) el uso de aditivos o materias primas que contienen carbono para una finalidad primaria distinta de la generación de calor,

[...]».

14. El artículo 6 de la Decisión 2011/278 describe el sistema de subinstalaciones. En lo que interesa al presente asunto, dispone lo siguiente:

«1. A los efectos de la presente Decisión, los Estados miembros dividirán cada instalación que pueda optar a la asignación gratuita de derechos de emisión con arreglo al artículo 10 *bis* de la Directiva [2003/87] en una o varias de las subinstalaciones que figuran a continuación, según proceda:

- a) una subinstalación con referencia de producto;
- b) una subinstalación con referencia de calor;
- c) una subinstalación con referencia de combustible;
- d) una subinstalación con emisiones de proceso.

Las subinstalaciones se corresponderán en la medida de lo posible con las partes físicas de la instalación.

En lo que respecta a las subinstalaciones con referencia de calor, las subinstalaciones con referencia de combustible y las subinstalaciones con emisiones de proceso, los Estados miembros establecerán una distinción clara entre procesos [...] en función de si se utilizan o no en un sector o subsector que se considera expuesto a un riesgo significativo de fuga de carbono con arreglo a la Decisión 2010/2/UE.

[...]

2. La suma de las entradas, salidas y emisiones de cada subinstalación no excederá de las entradas, salidas y emisiones totales de la instalación.»

15. Los artículos 7, apartado 7, y 8, apartado 5, de la Decisión 2011/278 disponen que los Estados miembros se asegurarán de que no haya solapamientos entre subinstalaciones ni una doble contabilización.

3. Reglamento n.º 601/2012

16. Mediante el Reglamento (UE) n.º 601/2012 de la Comisión, de 21 de junio de 2012, sobre el seguimiento y la notificación de las emisiones de gases de efecto invernadero en aplicación de la Directiva 2003/87/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, (6) se aprueban las normas previstas en el artículo 14, apartado 1, de la citada Directiva.

17. El artículo 3 del Reglamento n.º 601/2012 contiene ciertas definiciones ausentes en la Directiva 2003/87 y en la Decisión 2011/278; por ejemplo:

«30) “emisiones de proceso”: emisiones de gases de efecto invernadero, distintas de las emisiones de combustión, que se producen como resultado de reacciones entre sustancias, intencionadas o no, o de su transformación, incluyendo la reducción química o electrolítica de minerales metálicos, la descomposición térmica de sustancias y la síntesis de sustancias para utilizarlas como productos o materias primas;

[...]

40) “CO2 inherente”: CO2 que forma parte de un combustible;

[...]».

18. El artículo 2 del Reglamento n.º 601/2012 establece lo siguiente:

«El presente Reglamento se aplicará al seguimiento y la notificación de las emisiones de gases de efecto invernadero especificadas para las actividades enumeradas en el anexo I de la Directiva [2003/87]».

19. El artículo 48 del Reglamento n.º 601/2012, relativo al CO2 inherente, dispone lo siguiente:

«1. El CO2 inherente transferido a una instalación, en particular el contenido en el gas natural o en un gas residual, incluyendo el de alto horno o de coquería, se incluirá en el factor de emisión del combustible correspondiente.

[...]

Sin embargo, cuando se emita CO₂ inherente o se transfiera fuera de la instalación a entidades no contempladas en dicha Directiva, se contabilizará como emisión de la instalación donde se origina.

[...]»

4. Decisión 2015/1814

20. Mediante la Decisión 2015/1814 (7) se estableció una reserva de estabilidad del mercado, para resolver los desequilibrios estructurales entre la oferta y la demanda. El artículo 1, apartados 2, 3 y 5, de la Decisión 2015/1814 determina qué derechos de emisión se han de incorporar a la reserva. Allí se dispone lo siguiente:

«2. La cantidad de 900 millones de derechos de emisión deducida de los volúmenes por subastar en el período 2014-2016, tal como se establece en el Reglamento (UE) n.º 176/2014, de conformidad con el artículo 10, apartado 4, de la Directiva 2003/87/CE, no se añadirá a los volúmenes por subastar en 2019 y 2020 sino que, en su lugar, se incorporará a la reserva.

3. Los derechos de emisión no asignados a instalaciones de conformidad con el [precepto referente a las reservas para los nuevos entrantes] y los derechos de emisión no asignados a instalaciones en virtud de la aplicación [de los preceptos referentes al cese de actividades] se incorporarán a la reserva en 2020. [...]

4. [...]

5. Cada año, una cantidad de derechos de emisión equivalente al 12 % de la cantidad total de derechos de emisión en circulación [...] se deducirá del volumen de derechos de emisión por subastar por parte de los Estados miembros en virtud del artículo 10, apartado 2, de la [Directiva 2003/87] y se incorporará a la reserva a lo largo de un período de doce meses a partir del 1 de septiembre de ese año, salvo que la cantidad de derechos de emisión que deba incorporarse a la reserva sea inferior a 100 millones. [...]»

B. Derecho alemán

1. Treibhausgas-Emissionshandelsgesetz (TEHG)

21. El tenor del artículo 7, apartado 2, de la Treibhausgas-Emissionshandelsgesetz (Ley sobre el Comercio de Derechos de Emisión de Gases de Efecto Invernadero), (8) en su versión vigente en 2011, se corresponde con el del artículo 13 de la Directiva 2003/87. (9)

22. El artículo 9, apartado 1, de la TEHG dispone lo siguiente:

«(1) Los titulares de instalaciones recibirán una asignación de derechos de emisión de forma gratuita con arreglo a los principios enunciados en el artículo 10 *bis* [...] de la Directiva [2003/87] [...] y en la Decisión [2011/278] [...]»

23. El anexo I, parte 2, de la TEHG, titulado «Actividades», menciona, por un lado, en su punto 1, entre las instalaciones cuyas emisiones están comprendidas en el ámbito de aplicación de esta Ley, las «unidades destinadas a la combustión de combustibles con una potencia térmica total de combustión igual o superior a 20 [megavatios (MW)] en una instalación [...]»

C. Zuteilungsverordnung 2020

24. El artículo 2, punto 29, letra b), inciso ee), del Zuteilungsverordnung über Treibhausgas-Emissionsberechtigungen 2020 (10) (Reglamento de Asignación de Derechos de Emisión de Gases de Efecto Invernadero en el Período de Comercio de 2013 a 2020; en lo sucesivo, «ZuV 2020») contiene una definición de subinstalación con emisiones de proceso que se corresponde con la del artículo 3, letra h), inciso v), de la Decisión 2011/78.

25. El artículo 3 de la ZuV 2020, titulado «Constitución de elementos de asignación», en su apartado 1, dispone lo siguiente:

«En la solicitud de asignación gratuita de derechos de emisión para una instalación, todas las entradas, salidas y emisiones correspondientes que sean relevantes para la asignación se atribuirán a los siguientes elementos de asignación en el período de referencia correspondiente [...]:

1. uno o más elementos de asignación con valor de emisiones de producto de conformidad con [un elemento de asignación por producto];
2. un elemento de asignación con un valor de emisiones de calor [...], siempre que no incluya elementos de asignación con arreglo al punto 1;
3. un elemento de asignación con un valor de emisiones de combustible [...], siempre que no incluya elementos de asignación con arreglo a los puntos 1 y 2, y
4. un elemento de asignación con un valor de emisiones de proceso de conformidad con el artículo 2, punto 29, siempre que no incluya elementos de asignación con arreglo a los puntos 1 a 3.»

III. Litigio principal, cuestiones prejudiciales y procedimiento ante el Tribunal de Justicia

26. ExxonMobil explota una instalación de tratamiento de gas natural situada en Großenkneten (Alemania), en la que se obtiene azufre (en lo sucesivo, «instalación»). Dado que esta actividad implica la combustión de combustibles con una potencia térmica total superior a 20 MW, la instalación queda comprendida en el ámbito de aplicación de la TEHG, (11) por la que se transpone la Directiva 2003/87 (12) en el Derecho nacional.

27. La instalación se compone, en particular, de una planta de recuperación de azufre (compuesta por plantas Claus, un recalentador de vapor, una caldera de vapor y un dispositivo de motores de gas), de dispositivos de desulfuración (depuración) y de deshidratación de gas natural y de unidades de lavado de gases residuales, así como de dispositivos de antorchas de emergencia. Las plantas Claus constituyen la fuente principal de emisiones de CO₂.

28. Esa instalación procesa gas natural obtenido de depósitos naturales y que contiene una alta concentración de ácido sulfhídrico (H₂S), así como vapor de agua (H₂O), metano (CH₄) y CO₂. Debido a la alta concentración de H₂S presente en el gas natural, también se denomina «gas ácido». El CO₂, al igual que los demás componentes, se encuentra de forma natural en el gas bruto presente en el subsuelo. Su concentración puede variar dependiendo del pozo y del depósito, pero, según ExxonMobil, (13) está presente en todos los depósitos europeos de gas natural. Con el fin de lograr la calidad exigida por el titular de la red, antes de proceder a inyectar el gas natural en la red es necesario eliminar una parte del CO₂ y de otros componentes naturales contenidos en el gas bruto.

29. Antes de seguir adelante es necesario describir brevemente el proceso Claus, en el que se centra el presente procedimiento. Se trata de un proceso de desulfuración del gas en diversas etapas, que debe su nombre a su inventor alemán, y se ha aplicado de forma generalizada en el sector desde la concesión de una patente británica a tal fin en 1883. A consecuencia de la aplicación de este proceso químico, se recupera el azufre contenido en el ácido sulfhídrico presente en el gas natural bruto. Pero lo importante es que se libera CO₂ como subproducto natural del proceso químico, aunque de por sí no interviene en las distintas reacciones químicas que producen el azufre.

30. En la planta de procesamiento de gas natural de Großenkneten, el gas ácido se purifica mediante absorción química con un disolvente (proceso Sulfinol). El disolvente se regenera, y el H₂S liberado se transforma en azufre líquido puro en las plantas Claus. El CO₂ extraído del gas ácido, que está inherentemente presente en el gas, se vierte después a la atmósfera por una chimenea. El CO₂ no interviene en la reacción química Claus que permite recuperar el azufre elemental. (14) El calor producido durante la fase térmica se captura en una caldera de calor residual y se utiliza en la instalación.

31. ExxonMobil presentó una solicitud de derechos de emisión gratuitos para la instalación, basándose en diversos desgloses de las distintas referencias. Mediante resolución de 17 de febrero de 2014, la Deutsche Emissionshandelsstelle (Oficina alemana de comercio de derechos de emisión; en lo sucesivo, «DEHSt») asignó de forma gratuita a ExxonMobil un total de 4 216 048 derechos de emisión para el período de comercio de 2013 a 2020. Dicha asignación fue el resultado de aplicar, en parte, la referencia de calor (15) y, en parte, la referencia de combustible, teniendo en cuenta el riesgo de fuga de carbono. Sin embargo, la DEHSt rehusó asignar a ExxonMobil los derechos de emisión gratuitos adicionales que solicitaba por las emisiones de proceso. Justificó esta denegación con el argumento de que las emisiones de CO₂ no eran resultado del proceso Claus, sino que el CO₂ ya estaba presente en la materia prima utilizada en dicho proceso. Es esta denegación en particular lo que suscita el presente procedimiento.

32. El recurso interpuesto por ExxonMobil contra la citada resolución fue desestimado por la DEHSt mediante resolución de 7 de octubre de 2019. (16) En ella, la DEHSt reiteró que no procedía estimar una asignación que aplicase la referencia de proceso con arreglo al artículo 2, punto 29, letra b), inciso ee), segunda alternativa, de la ZuV 2020, ya que el CO₂ no es sino un gas asociado que se libera como subproducto incidental del proceso, en lugar de intervenir por sí mismo en la reacción química Claus. En consecuencia, el CO₂ emitido por una chimenea a la atmósfera al final del proceso Claus no permitía reclamar una asignación de derechos de emisión de forma gratuita.

33. ExxonMobil reitera sus pretensiones en el recurso contencioso-administrativo interpuesto el 8 de noviembre de 2019 ante el Verwaltungsgericht Berlin (Tribunal de lo Contencioso-Administrativo de Berlín).

34. Los demandantes en el asunto C-682/17 son los mismos del presente asunto. Sin embargo, la instalación de la que aquí se trata no es un generador de electricidad a efectos del artículo 3, letra u), de la Directiva 2003/87. (17) Por otro lado, según el Tribunal de lo Contencioso-Administrativo de Berlín, la electricidad generada por ExxonMobil en su planta de Großenkneten se produce por cogeneración de alta eficiencia, por lo que no queda excluida con carácter general de la asignación gratuita de derechos de emisión (artículo 10 *bis*, apartado 4, de la Directiva 2003/87). Dado que no sucedía lo mismo con la instalación de la que se trataba en el asunto C-682/17, ExxonMobil Production Deutschland, el Tribunal de Justicia decidió por ese motivo que ExxonMobil no tenía derecho a la libre asignación de derechos por dicha planta. A raíz de estas comprobaciones, se hizo innecesaria la respuesta a las siguientes cuestiones: la tercera cuestión, con sus letras a) y b), y la cuarta cuestión en el asunto C-682/17, ExxonMobil Production, que el órgano remitente plantea de nuevo en las cuestiones prejudiciales primera a cuarta del presente asunto.

35. En esas circunstancias, el Tribunal de lo Contencioso-Administrativo de Berlín decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

- «1) ¿El CO₂ liberado a la atmósfera en la elaboración del gas natural (en forma de gas ácido) mediante el proceso Claus, a través de la disgregación del CO₂ inherente al gas natural de la mezcla de gases, constituye una emisión resultante del proceso mencionado en el artículo 3, letra h), inciso v), de la [Decisión 2011/278] en el sentido del artículo 3, letra h), primera frase, de dicha Decisión?
- 2) ¿Pueden las emisiones de CO₂ ser «resultado» —en el sentido del artículo 3, letra h), primera frase, de la Decisión [2011/278/UE]— de un proceso en que el CO₂ inherente a la materia prima se separa físicamente de la mezcla de gases y se libera a la atmósfera sin que en el correspondiente proceso se genere dióxido de carbono adicional, o requiere dicha disposición necesariamente que el CO₂ liberado a la atmósfera se produzca *ex novo* como resultado del proceso?
- 3) ¿Se “usa” en el sentido del artículo 3, letra h), inciso v), de la Decisión [2011/278] una materia prima que contiene carbono cuando en el proceso Claus el gas natural existente de forma natural se utiliza para producir azufre, liberándose a la atmósfera el CO₂ inherente al gas natural, sin que dicho CO₂ inherente al gas natural intervenga en la reacción química que tiene lugar en el proceso, o el concepto de “uso” exige necesariamente que el carbono intervenga en la reacción química o que sea siquiera necesario para la misma?
- 4) En caso de respuesta afirmativa a las cuestiones primera a tercera:

Cuando una instalación sujeta al comercio de emisiones reúne los requisitos para constituir tanto una subinstalación con referencia de calor como una subinstalación con emisiones de proceso, ¿conforme a qué referencia se produce la asignación de derechos de emisión gratuitos? ¿Prevalece el derecho de asignación conforme a la referencia de calor sobre el derecho de asignación por las emisiones de proceso, o, por razón de especialidad, el derecho de asignación por las emisiones de proceso prevalece sobre la referencia de calor y la referencia de combustible?

5) En caso de respuesta afirmativa a las cuestiones primera a cuarta:

¿Pueden satisfacerse los derechos de asignación adicional de derechos de emisión gratuitos correspondientes al tercer período de comercio, una vez haya finalizado este, con derechos correspondientes al cuarto período de comercio cuando la existencia de dicho derecho de asignación adicional no se determine judicialmente hasta después de la finalización del tercer período de comercio, o con el final de dicho período de comercio se extinguen los derechos de asignación no asignados?»

36. ExxonMobil, la Umweltbundesamt (Agencia Federal de Medio Ambiente, Alemania) (18) —en respuesta a las preguntas por escrito del Tribunal de Justicia—, el Gobierno alemán (19) y la Comisión presentaron observaciones escritas ante el Tribunal de Justicia y estuvieron representados en la vista celebrada el 24 de febrero de 2021.

IV. Apreciación

37. Mediante sus tres primeras cuestiones prejudiciales, el Tribunal de lo Contencioso-Administrativo de Berlín solicita que se dilucide, en esencia, si la liberación a la atmósfera de CO₂ inherente en la materia prima utilizada para la elaboración de un producto y que se produce fuera de los límites del sistema de una referencia de producto puede considerarse una «subinstalación con emisiones de proceso» a efectos del artículo 3, letra h), inciso v), de la Decisión 2011/278 cuando dicho CO₂ no forma parte de la reacción química en que se genera el producto. Dado que las tres cuestiones se centran en distintos aspectos del tenor del artículo 3, letra h), inciso v), de la Decisión 2011/278, es oportuno tratarlas conjuntamente.

A. Observaciones preliminares: aplicación del régimen de comercio de derechos de emisión al proceso de recuperación de azufre

38. No obstante, estas cuestiones presuponen que las emisiones del CO₂ inherente al gas natural están realmente sometidas al régimen de comercio de derechos de emisión. A primera vista, resulta sorprendente encontrarse con esta cuestión, pues el Tribunal de Justicia ya declaró, en su sentencia en el asunto C-682/17, referida también a una instalación de proceso Claus, que «una instalación como la del litigio principal está comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 2003/87 y, en consecuencia, en el régimen de comercio de derechos de emisión que la misma establece, sin que importe que el CO₂ procedente de la actividad de esta instalación forme parte de la composición o no de la materia prima que en ella se trata». (20)

39. A pesar de dicha sentencia, el Gobierno alemán y la Comisión alegan que el régimen de comercio de derechos de emisión solo se aplica a las emisiones de gases de efecto invernadero causados por la combustión (que no se produce en el presente caso), y no a los resultantes del CO₂ que se halla de forma inherente en el gas natural y que se emite como subproducto natural al final del proceso de recuperación de azufre, sin intervenir por sí mismo en el proceso de combustión. Alegan que estas dos actividades deben considerarse de forma diferenciada. (21)

40. En vista de lo antes expuesto, quisiera recordar el razonamiento seguido por el Tribunal de Justicia en el asunto C-682/17, sin necesidad de volver a abordar de nuevo los mismos argumentos. Parece adecuado hacerlo así, dado que las partes están de acuerdo en que las instalaciones de ambos asuntos son comparables.

41. En el asunto C-682/17, el Tribunal de Justicia estudió los requisitos del artículo 2, apartado 1, de la Directiva 2003/87. Es esta disposición la que define el ámbito de aplicación de la Directiva y, por extensión, la de aplicabilidad del régimen para el comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero. Con

arreglo a la mencionada disposición, la Directiva se aplica a las emisiones de gases de efecto invernadero enumeradas en el anexo II de la Directiva (una de ellas es el CO₂), siempre que sean «generadas por las actividades a las que se refiere el anexo I». Una de estas actividades es la «combustión en instalaciones con una potencia térmica nominal total superior a 20 MW [...]». (22)

42. A continuación, en los apartados 47 a 53 de la sentencia, el Tribunal de Justicia consideró que el tenor de los artículos 2, apartado 1, y 3, letra b), de la Directiva 2003/87 (el último de los cuales define el concepto de «emisión») no exigía que el gas de efecto invernadero emitido *se genere en el transcurso de las actividades a que se refiere el anexo I*. El Tribunal de Justicia fundamentó esta postura en el artículo 48, apartado 1, del Reglamento n.º 601/2012, relativo al seguimiento y la notificación de las emisiones en aplicación de la Directiva 2003/87. Allí se dispone que el CO₂ inherente, como se define en el artículo 3, punto 40, de dicho Reglamento, deberá incluirse en el factor de emisión del combustible correspondiente cuando esté contenido en el gas natural. Asimismo, el Tribunal de Justicia invocó el objetivo de la Directiva 2003/87, a saber, fomentar reducciones de las emisiones de los gases de efecto invernadero de una forma eficaz en relación con el coste y económicamente eficiente. (23)

43. La consecuencia de esta argumentación es que los operadores de instalaciones de proceso Claus como la aquí controvertida deben entregar un número de derechos de emisión que, con arreglo al artículo 12, apartado 3, de la Directiva 2003/87, *sea equivalente a las emisiones totales de dicha instalación*. A tenor del artículo 3, letra e), de la Directiva 2003/87, ha de entenderse por «instalación» «una unidad técnica fija donde se lleven a cabo una o varias actividades de las indicadas en el anexo I, así como cualesquiera otras actividades directamente relacionadas con aquellas que guarden una relación de índole técnica con las actividades llevadas a cabo en dicho lugar y puedan tener repercusiones sobre las emisiones y la contaminación». Esta definición posibilita la inclusión de una unidad específica si las actividades allí desarrolladas están asociadas a la instalación de que se trata y guardan una relación técnica con ella. (24) Por otro lado, no halla fundamento en dicho tenor la alegación del Gobierno alemán y de la Comisión según la cual, si una instalación desarrolla diversas actividades (como aquí sucede: combustión de combustibles con una potencia térmica nominal superior a 20 MW, que se indica en el anexo I, y recuperación de azufre, que no se indica), la actividad no indicada en el anexo I no está sometida al régimen de comercio de derechos de emisión. (25)

44. En la sentencia de 28 de febrero de 2018, *Trinseo Deutschland*, (26) un asunto en el que la propia instalación del demandante no generaba emisiones de las mencionadas en el anexo II de la Directiva 2003/87, aunque su actividad sí figuraba en el anexo I de dicha Directiva (por lo que, en cierto modo, se trataba del caso contrario al del presente asunto), la Comisión alegó que las «emisiones indirectas» de la producción de calor debían considerarse a efectos de la aplicación del régimen de comercio de derechos de emisión, abogando así a favor de una interpretación de las emisiones al margen de la instalación. No obstante, el Tribunal de Justicia se atuvo al tenor del artículo 3, letra b), de la Directiva 2003/87, que vincula las emisiones a la instalación. Por mi parte, no veo motivo para apartarse de tan claros términos.

45. Cuando el artículo 6 de la Decisión 2011/278 divide las instalaciones en subinstalaciones, lo hace tan solo como un ejercicio analítico dirigido a la aplicación de las referencias. Dicha disposición deja patente que la división es únicamente a efectos de la Decisión 2011/278. Asimismo, los términos de la disposición que especifica que las *instalaciones* se dividirán en *subinstalaciones* también evidencian que tal división no afecta en modo alguno al concepto de «instalación» definido en el artículo 3, letra e), de la Directiva 2003/87.

46. Habida cuenta de estas consideraciones, entiendo que, en línea con las apreciaciones del Tribunal de Justicia en la sentencia dictada en el asunto C-682/17, el régimen de comercio de derechos de emisión no se aplica solo a las emisiones del CO₂ obtenido con el proceso de combustión, sino también al generado en el proceso de recuperación de azufre que se lleva a cabo en la misma instalación.

47. Respecto a la alegación de la Comisión de que la inclusión en el régimen de actividades que no figuran en el anexo I sería contraria a las decisiones del legislador de la Unión de incluir en el régimen solo las actividades con un especial potencial de reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero de forma eficaz en relación con el coste, (27) el Tribunal de Justicia ya señaló en el asunto C-682/17 que, «aunque el CO₂ forma parte de la composición del gas ácido, la actividad de combustión de combustibles que desarrolla una instalación como la del litigio principal con el objeto de desulfurar el gas natural y

recuperar el azufre siguiendo el proceso Claus presenta cierto potencial de reducción de las emisiones de CO₂ ya que el contenido de CO₂ en el gas ácido puede variar dependiendo del depósito. En contra de lo alegado por ExxonMobil, es irrelevante a este respecto que ese contenido no sea sistemáticamente previsible». (28)

B. Cuestiones prejudiciales primera a tercera: ¿Puede calificarse como «emisiones de proceso», a efectos del artículo 3, letra h), inciso v), de la Decisión 2011/278, el CO₂ liberado a la atmósfera con motivo del acondicionamiento de gas ácido en el proceso Claus?

48. Aun cuando el Gobierno alemán, representado por el Ministro Federal de Economía y Energía, y la Comisión no comparten la opinión de la Agencia Federal del Medio Ambiente acerca de si el CO₂ liberado a la atmósfera con motivo del proceso de recuperación de azufre está sometido al régimen de comercio de emisiones, los tres están de acuerdo en que no se han de asignar derechos gratuitos por dichas emisiones. No obstante, se ha tener en cuenta que cualquier alegación del Gobierno alemán y de la Comisión en el sentido de que tales emisiones no deben considerarse emisiones de proceso a efectos del artículo 3, letra h), inciso v), de la Decisión 2011/278 se formula en el contexto de que, según sus observaciones, ExxonMobil no está obligada a entregar derechos en relación con dichas emisiones.

49. Las tres primeras cuestiones prejudiciales se refieren a diferentes elementos del artículo 3, letra h), inciso v), de la Decisión 2011/278 que definen la «subinstalación con emisiones de proceso». (29) Para que sea aplicable esta disposición, deben concurrir los siguientes elementos constitutivos: debe haber i) emisiones de CO₂ que ii) se produzcan fuera de los límites del sistema de una referencia de producto contemplada en el anexo I y, por último, iii) como resultado del «uso de [...] materias primas que contienen carbono para una finalidad primaria distinta de la generación de calor». Las partes coinciden en que se cumplen los dos primeros requisitos. La emisión del CO₂ (inherente) se lleva a cabo como subproducto natural al final del proceso de recuperación de azufre, un proceso para el que no existe referencia de producto. (30) En consecuencia, existe una discrepancia respecto al tercer requisito.

50. El Tribunal de lo Contencioso-Administrativo de Berlín atiende a tres aspectos de este tercer criterio: primero, si la emisión de CO₂ inherente puede considerarse un «resultado» de cualquier otro proceso, y, segundo, si tal CO₂ inherente se puede considerar «usado» en un proceso siendo así que no interviene en la reacción química. Una tercera cuestión que se debate es si se trata aquí de una «materia prima que contiene carbono». Los partidarios de una respuesta negativa a esta cuestión parecen aducir que la materia prima «usada» en el proceso no es el gas ácido, sino el ácido sulfhídrico, que no contiene CO₂ alguno. No obstante, existe acuerdo en que el principal propósito del proceso de recuperación de azufre no es la generación de calor.

51. De acuerdo con reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la interpretación de una disposición del Derecho de la Unión requiere que, además de su tenor literal (que «constituye siempre el punto de partida y, al mismo tiempo, el límite de toda interpretación conforme a los criterios exegéticos tradicionales» (31)), se tenga en cuenta su contexto y el objetivo que la normativa de que se trate pretende alcanzar. (32)

1. Interpretación literal

52. Partiendo del tenor del artículo 3, letra h), inciso v), de la Decisión 2011/278: las emisiones de CO₂ deben ser el resultado del uso de aditivos o materias primas que contienen carbono para una finalidad primaria distinta de la generación de calor. Dado que el resultado del proceso han de ser las *emisiones de dióxido de carbono*, y no la producción de *dióxido de carbono*, tengo la impresión de que encaja perfectamente en el tenor de esta disposición que el CO₂ inherente sea emitido al final de un proceso como el proceso Claus, aunque no se utilice efectivamente en la reacción química durante el proceso. (33) Una cuestión mucho más compleja es si las emisiones de CO₂ se pueden considerar el resultado del *uso de aditivos o materias primas que contienen carbono*.

53. Una vez más, no me caben muchas dudas sobre el concepto de «materias primas». Según el diccionario Cambridge, (34) por «materia prima» se entiende «todo material, como aceite, algodón o azúcar, en su condición natural, antes de haber sido procesado para su uso». Obviamente, es cierto que en el proceso Claus en realidad solo se procesa el ácido sulfhídrico, mientras que el CO₂ contenido en el gas ácido únicamente atraviesa la planta de proceso Claus, pero sin intervenir en el proceso. Sin embargo, atendiendo al significado ordinario de la expresión, a mi parecer «materia prima» no se limita a las partes del material

efectivamente procesadas. Tal como sugiere la Agencia Federal de Medio Ambiente, cabe considerar que, si se separase el CO₂ del gas ácido antes de ser procesado en la planta Claus, el CO₂ no sería una materia prima, pues ya no se seguiría procesando, mientras que sí lo haría el resto del gas. (35) No obstante, si no se lleva a cabo esta operación previa, esto no significa que un material con contenido de CO₂ que entre en una instalación para su procesamiento no sea una materia prima únicamente porque solo se procesa parte de él.

54. Menos clara es, no obstante, la cuestión de la causalidad, es decir, si se puede considerar que las emisiones de CO₂ son resultado del *uso* de dicha materia prima. En este caso, la interpretación literal indica más bien que no queda comprendida en los términos del artículo 3, letra h), inciso v), de la Decisión 2011/278. Una vez más, si se mira en el diccionario Cambridge, (36) la acepción allí recogida que mejor se ajusta al sentido del término en el presente caso es «el acto de usar algo, o un período de tiempo durante el cual se usa algo», entendiéndose el verbo «usar» como «dedicar una cosa, como una herramienta, una habilidad o un edificio, a un determinado fin». (37) A mi entender, esta dedicación a un determinado fin implica que se hace algo más con esa parte de la materia prima y, en particular, con su contenido de carbono al que se hace referencia expresa.

55. Las partes coinciden en que el CO₂ no interviene en la reacción química durante el proceso Claus. Sin embargo, ExxonMobil alega que sí que emplea en cierto modo el CO₂ inherente. En su opinión, el CO₂ resulta útil en el desarrollo del proceso Claus, como gas no combustible con una función de regulación de la temperatura, para el técnicamente necesario control de la temperatura de combustión en el proceso Claus, destinado a la producción de azufre. No parece que rebata este extremo la Agencia Federal de Medio Ambiente. No obstante, tal como señaló su representante en la vista oral, esta función no es necesaria, pues hay otras formas de lograr el mismo resultado. (38) Esto, a su vez, suscita la cuestión de si basta con hacer algún uso del CO₂ para que el proceso se pueda considerar una subinstalación con emisiones de proceso, o si es preciso que su uso sea necesario en el proceso. (39)

56. También se ha alegado que, al referirse expresamente el artículo 3, letra h), inciso iv), de la Decisión 2011/278 a una «síntesis de productos químicos, cuando el material que contiene carbono participa en la reacción», al contrario que el inciso v) de la misma disposición, tal participación en una reacción química no puede ser un requisito a efectos de este último inciso.

57. Haciendo una pausa en este punto, y aunque considero que, por lo que respecta a la palabra clave «uso» que aparece en el artículo 3, letra h), inciso v), de la Decisión 2011/278, los términos utilizados sugieren una interpretación conforme a la cual el CO₂ ha de desempeñar una función activa y necesaria en el proceso, puede ser oportuno (de conformidad con reiterada jurisprudencia) atender al régimen general de la Directiva 2003/87 y de la Decisión 2011/278 y a los objetivos que estas persiguen, como orientación en esta tarea interpretativa. (40)

2. Interpretación sistemática y teleológica

58. De acuerdo con la jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia, la Directiva 2003/87, en relación asimismo con la Decisión 2011/278 que la desarrolla, tiene por objeto establecer un régimen para el comercio de derechos de emisión que persigue la reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero en la atmósfera a un nivel que impida interferencias antropogénicas peligrosas en el sistema climático y cuyo objetivo último es la protección del medio ambiente. (41) A tal fin, se ha concebido un régimen basado en una lógica económica que estimula a sus participantes a emitir una cantidad de gases de efecto invernadero inferior a los derechos de emisión que inicialmente les fueron asignados, con el fin de transmitir el excedente a otros participantes. (42) Para lograr este objetivo, el artículo 10 *bis* de la Directiva 2003/87 establece, para las instalaciones de determinados sectores de actividad, la asignación gratuita de derechos de emisión, cuya cantidad, conforme al apartado 11 de dicha disposición, se irá reduciendo gradualmente a lo largo del período 2013-2020, con el objetivo de que en 2027 no se asigne ningún derecho de emisión de forma gratuita. (43)

59. Esto significa que las reglas de la asignación gratuita armonizada de derechos de emisión en virtud del artículo 10 *bis* de la Directiva 2003/87, establecidas en la Decisión 2011/278, son intrínsecamente excepcionales (y, sin duda, temporales). Por otro lado, el artículo 3, letras c), d) y h), de la Decisión 2011/278 (44) define las llamadas «referencias alternativas», que solo entran en juego si existen «emisiones correspondientes, fuera del ámbito de una subinstalación con referencia de producto» (45) o «se producen

fuera de los límites del sistema de una referencia de producto». (46) En su sentencia en el asunto INEOS, el Tribunal de Justicia ya declaró que, en consecuencia, el artículo 3, letra h), inciso iv), de la Decisión 2011/278 no podía ser objeto de interpretación amplia, (47) y lo mismo ha de suceder con todas las actividades enumeradas en el artículo 3, letra h), de la misma Decisión.

60. Por consiguiente, no estoy de acuerdo en que el hecho de que el artículo 3, letra h), inciso iv), de la Decisión 2011/278 se refiera expresamente a la participación de un material que contiene carbono en la síntesis química, mientras que no sucede lo mismo con el inciso v) de la misma disposición, signifique que la palabra «uso» que contiene este último deba ser objeto de una interpretación tan amplia que carezca de sustento en su propio significado, a fin de distinguirla de los supuestos contemplados en el inciso anterior. El término «uso» es, de por sí, muy amplio y puede comprender un «uso» que no consista en una reacción química. Sin embargo, no implica que la materia prima con contenido de carbono deba ser necesaria para la finalidad principal perseguida (que no es la generación de calor). (48)

61. Esta interpretación más restrictiva podría verse confirmada por la definición de «emisiones de proceso» que contiene el artículo 3, punto 30, del Reglamento n.º 601/2012, según la cual por tales se entienden las «emisiones de gases de efecto invernadero, distintas de las emisiones de combustión, que se producen como resultado de reacciones entre sustancias, intencionadas o no, o de su transformación [...]». Es evidente, sin embargo, que el CO₂ contenido en el gas ácido no es el resultado de una reacción entre sustancias, intencionada o no, ni de su transformación.

62. El Reglamento n.º 601/2012 trata del seguimiento y la notificación de las emisiones de gases de efecto invernadero. El artículo 14 de la Directiva 2003/87 habilitó a la Comisión para adoptar un Reglamento a tal efecto. Por lo tanto, el Reglamento n.º 601/2012 no se ocupa de los casos (y mucho menos los define) en que los derechos de emisión se han de asignar de forma gratuita. Por este mismo motivo, el hecho de que el artículo 48 del Reglamento n.º 601/2012 contenga una disposición que determina a qué instalación debe atribuirse el CO₂ inherente a efectos del seguimiento y la notificación de las emisiones de gases de efecto invernadero nada indica, en realidad, acerca de la posibilidad de asignar de forma gratuita derechos de emisiones de proceso para tales emisiones inherentes.

63. Tal como ya señaló el Abogado General Saugmandsgaard Øe en sus conclusiones presentadas en el asunto ExxonMobil Production Deutschland, los conceptos de «emisiones de proceso» del artículo 3, punto 30, del Reglamento n.º 601/2012 y de «subinstalación con emisiones de proceso» del artículo 3, letra h), de la Decisión 2011/278 solo se solapan parcialmente, ya que las «emisiones de proceso» están, en gran parte, cubiertas por las referencias de producto previstas en el anexo I de la referida Decisión. (49)

64. Por mi parte, tampoco sería partidario de extraer demasiadas conclusiones del hecho de que el artículo 48, apartado 1, del Reglamento n.º 601/2012 contenga una disposición con arreglo a la cual «el CO₂ inherente transferido a una instalación, en particular el contenido en el gas natural [...], se incluirá en el factor de emisión del combustible correspondiente». Si se considera el gas natural como un combustible, (50) como parece hacer implícitamente el Tribunal de Justicia en su sentencia dictada en el asunto C-682/17, (51) el artículo 48, apartado 1, del Reglamento n.º 601/2012 seguirá conteniendo solamente una norma sobre el método de seguimiento. No proporcionará ninguna indicación válida acerca de la posibilidad de asignar derechos de emisiones de proceso de forma gratuita para tales emisiones inherentes.

65. Volviendo al objetivo del artículo 3, letra h), inciso v), de la Decisión 2011/278 y a las subinstalaciones con emisiones de proceso, no hay coincidencia entre las partes a este respecto. Por su parte, ExxonMobil opina que, al estar reconocido el riesgo de fuga de carbono en la industria de recuperación de azufre, lógicamente ha de haber una asignación gratuita de derechos de emisión para las emisiones del CO₂ inherente. Dado este «resultado necesario», en opinión de ExxonMobil ha de ser aplicable el artículo 3, letra h), inciso v), de la Decisión 2011/278, pues evidentemente no lo es ninguna de las otras opciones. Por otro lado, la Agencia Federal de Medio Ambiente alega que las subinstalaciones con emisiones de proceso solo se pueden reconocer para las emisiones procedentes de alguna de las categorías de actividades contempladas en el anexo I de la Directiva 2003/87. Dado que en el presente asunto únicamente la combustión de combustibles entra dentro de esta categoría, solo las emisiones derivadas de ella se pueden considerar a efectos de las asignaciones gratuitas si, como aquí sucede, no hay una referencia de emisiones de producto. Por consiguiente, el objetivo del artículo 3, letra h), se limita a proporcionar asignaciones gratuitas si las emisiones de CO₂ son el resultado de una actividad (diferente) indicada en el anexo I de la

Directiva 2003/87 (aparte de la combustión de combustibles) para la cual no existe una referencia de producto.

a) Relevancia del «riesgo significativo de fuga de carbono» en el régimen de comercio de emisiones

66. Según se señala en el considerando 24 de la Directiva 2009/29, la fuga de carbono designa una situación en que «no particip[an] en [un ambicioso acuerdo internacional sobre cambio climático] otros países desarrollados ni otros grandes emisores de gases de efecto invernadero, [con lo que] podría provocarse un aumento de las emisiones de gases de efecto invernadero en terceros países en los que no se impusieran a la industria limitaciones comparables en materia de emisiones de carbono [...] [y] eso podría socavar la integridad medioambiental y los resultados positivos de las acciones comunitarias». (52) Para evitar que fuera así, la Directiva 2003/87 dispone medidas específicas. En primer lugar, con arreglo a su artículo 10 bis, apartado 12, las asignaciones anuales gratuitas (realizadas de conformidad con el apartado 1 del mismo artículo) se mantendrán al nivel del 100 % durante el tercer período de comercio. (53) Esto contrasta con las instalaciones de los sectores y subsectores no expuestos a un riesgo significativo de fuga de carbono, para las cuales la asignación inicial en 2013 se ha de limitar al 80 % de la cantidad asignada con arreglo al artículo 10 bis, apartado 11, de la Directiva 2003/87. En dichos sectores, la cantidad de asignaciones gratuitas se seguirá reduciendo cada año en importes equivalentes, hasta llegar a un 30 % de asignaciones gratuitas en 2020, con arreglo al artículo 10 bis, apartado 11, de la Directiva 2003/87. (54)

67. Asimismo, en su artículo 10 bis, apartado 6, la Directiva dispone que «los Estados miembros podrán adoptar medidas financieras en favor de sectores o subsectores de los que se sepa que están expuestos a un riesgo significativo de fugas de carbono debido a los costes relacionados con las emisiones de gases de efecto invernadero repercutidos en los precios de la electricidad, a fin de compensar dichos costes y cuando dichas medidas financieras sean conformes a las normas sobre ayudas estatales aplicables y por adoptar en este ámbito».

68. De ahí se desprende claramente, como ya señaló el Abogado General Wahl en el asunto ArcelorMittal Atlantique et Lorraine, que «la Directiva no establece que los sectores que se consideren expuestos a un riesgo significativo de fuga de carbono deban recibir en todo caso derechos de emisión de forma gratuita por todas las emisiones de gases de efecto invernadero que producen». (55) Antes bien, con respecto a la asignación de derechos de emisión de forma gratuita, es condición inexcusable que las cantidades de derechos de emisión gratuitos se asignen siguiendo las normas adoptadas de conformidad con el artículo 10 bis, apartado 1, de la Directiva 2003/87. En estas normas se decide la cantidad preliminar de las asignaciones, y solo a partir de ahí puede aplicarse el artículo 10 bis, apartado 12, de la Directiva 2003/87, sin reducir el número de derechos de emisión alcanzado. No hay nada en dichas disposiciones que exija tener en cuenta el «riesgo significativo de fuga de carbono» al decidir *si procede* la asignación gratuita de derechos de emisión. (56)

69. De todo ello se deduce que sería contrario tanto al tenor literal como al régimen de la Directiva 2003/87 dar una interpretación amplia al requisito de causalidad que contiene el artículo 3, letra h), inciso v), de la Decisión 2011/278 solo por considerarse expuesto a un riesgo significativo de fuga de carbono el proceso de que se trate.

b) Objetivo de la «subinstalación con emisiones de proceso»

70. ExxonMobil alega que la finalidad perseguida por el legislador de la Unión con las subinstalaciones con emisiones de proceso en el sentido del artículo 3, letra h), de la Decisión 2011/278 es crear una subinstalación para procesos que generen inevitablemente emisiones de CO₂, para las que, sin embargo, no se haya determinado ninguna referencia de producto. Sin embargo, esta conclusión no se deduce claramente de la Decisión 2011/278. Su considerando 12 simplemente indica que, «en los casos en que no fue posible obtener una referencia de producto *pero se generan gases de efecto invernadero que podrían optar a la asignación gratuita de derechos de emisión*, estos derechos deben asignarse sobre la base de enfoques genéricos alternativos. [...] En cuanto a las emisiones de proceso, los derechos de emisión deben asignarse sobre la base de las emisiones históricas» (57)

71. El artículo 10 bis, apartado 1, párrafo cuarto, de la Directiva 2003/87 dispone que, «para cada sector y subsector, los parámetros de referencia se calcularán en principio en función del producto, antes que en

función del insumo, a fin de maximizar las reducciones de gases de efecto invernadero y los avances en eficiencia energética *a través de cada proceso productivo* del sector o subsector en cuestión». (58) Esto significa que las emisiones de proceso normalmente se incluirán en una referencia de producto. Sin embargo, no siempre ha sido posible desarrollar una referencia de producto. Uno de los motivos reside en el hecho de que muchas instalaciones solo se incluyen en el régimen de comercio de emisiones porque poseen unidades de combustión de combustibles en instalaciones con una potencia térmica nominal total superior a 20 MW. Esta amplia definición comprende instalaciones de múltiples sectores que, de lo contrario, no se incluirían en el régimen de comercio de emisiones. Tal como se explica en el estudio encargado por la Comisión Europea «Methodology for the free allocation of emission allowances in the EU ETS post 2012» (Metodología para la asignación gratuita de derechos de emisión en el CDE UE después de 2012), no están comprendidas las instalaciones que o bien tienen una potencia térmica nominal inferior a 20 MW, o bien reciben calor de instalaciones ajenas. El hecho de que una parte sustancial de las instalaciones donde se fabrica el producto no se incluyera en el régimen de comercio de emisiones, hizo complicado establecer una referencia de producto. (59) En tales circunstancias, los que podrían definirse como «enfoques alternativos» se desarrollaron pensando en este tipo de casos.

72. Todo esto significa que no existe un vínculo directo entre la inevitabilidad de las emisiones y los enfoques alternativos. El artículo 10 *bis*, apartado 3, de la Directiva 2003/87, que solo excluye expresamente (con excepciones) de la asignación gratuita de derechos de emisión a los generadores de electricidad, tampoco respalda tal interpretación amplia. Habría sido sencillo disponer que el método de derechos adquiridos se aplicase a todas las emisiones sometidas al régimen de comercio de derechos de emisión salvo las sujetas a una referencia de proceso, de calor o de combustible. En cambio, se eligió una definición específica para las subinstalaciones con emisiones de proceso. Además, tal como señaló en la vista el representante de la Agencia Federal de Medio Ambiente, aun cuando exista una referencia de producto, no todas las emisiones que son subproductos inevitables de procesos químicos están necesariamente sujetas a esa referencia de producto. (60)

73. Por lo tanto, se evidencia que la Directiva 2003/87 no tiene por objeto proporcionar la asignación gratuita de derechos de emisión para toda emisión que constituya un subproducto inevitable de la aplicación de un proceso químico industrial como el proceso Claus. (61)

74. Habida cuenta del anterior análisis específico, llego a la conclusión de que el CO₂ liberado a la atmósfera como parte del procesamiento de gas natural (en forma de gas ácido) en el «proceso Claus», por medio del CO₂ inherente en el gas natural que se separa de la mezcla de gas, no se produce «como resultado» del proceso mencionado en el artículo 3, letra h), inciso v), de la Directiva 2011/278, ya que el gas ácido, que es una materia prima que contiene carbono, no se «usa» a los efectos de dicha disposición, aunque, atendiendo meramente a su tenor literal, esta es ciertamente ambigua.

C. Cuarta cuestión prejudicial: ¿existe una jerarquía entre las distintas referencias alternativas?

75. Mediante su cuarta cuestión prejudicial, el Tribunal de lo Contencioso-Administrativo de Berlín desea aclarar qué referencia debe aplicarse cuando una instalación cumple los criterios de una subinstalación con emisiones de calor y los de una subinstalación con emisiones de proceso.

76. Con carácter preliminar, debe recordarse que, en el marco del procedimiento de cooperación entre los órganos jurisdiccionales nacionales y el Tribunal de Justicia establecido por el artículo 267 TFUE, corresponde a este Tribunal de Justicia proporcionar al órgano jurisdiccional nacional una respuesta útil que le permita dirimir el litigio del que conoce. Desde este punto de vista, corresponde, en su caso, al Tribunal de Justicia reformular las cuestiones que se le han planteado. (62)

77. El Tribunal de lo Contencioso-Administrativo de Berlín ha señalado que, según la respuesta que se dé a las tres primeras cuestiones prejudiciales, es posible que en el presente asunto las emisiones del proceso Claus puedan ajustarse tanto a la definición de subinstalación con referencia de calor como de subinstalación con emisiones de proceso. Por lo tanto, estimo que sería conveniente que la respuesta aclare cuál es la referencia que procede aplicar si se considera que las emisiones (en contra de mi opinión) sí cumplen los criterios de una subinstalación con referencia de calor tanto como los de una subinstalación con emisiones de proceso. (63) Aquí se engloba la cuestión más amplia de si existe una jerarquía entre las distintas referencias alternativas cuando una instalación cumple los criterios de más de una de ellas.

78. Precisamente, el Tribunal de Justicia sugiere que esta cuarta cuestión prejudicial solo se plantearía si se respondiese afirmativamente a las tres primeras. Dado que propongo responder negativamente a dichas cuestiones (lo que significa que la instalación de ExxonMobil no es susceptible de asignación gratuita de derechos de emisión conforme a la referencia de emisiones de proceso), no es estrictamente necesario responder a la cuarta cuestión. No obstante, la voy a examinar por si el Tribunal de Justicia resuelve en sentido diferente las tres primeras cuestiones.

79. Respecto a esta cuestión, la normativa alemana de transposición que contiene el artículo 3, apartado 1, de la ZuV 2020 difiere en cierta medida del tenor del artículo 6 de la Decisión 2011/278. Aquel establece claramente una jerarquía de referencias. Los solicitantes de derechos de emisión deben atribuir las entradas, salidas y emisiones correspondientes a una sola de las subinstalaciones. Con arreglo a dicha disposición, las entradas, salidas y emisiones correspondientes solo se pueden atribuir a una subinstalación con referencia de calor en la medida en que no estén ya en el ámbito de una subinstalación con referencia de producto. La atribución de entradas, salidas y emisiones correspondientes a una subinstalación con referencia de combustible solo es posible si no están ya en el ámbito de una subinstalación con referencia de calor. Por último, las entradas, salidas y emisiones correspondientes solo se pueden atribuir a una subinstalación con emisiones de proceso si no están ya en el ámbito de alguna subinstalación con otra referencia. (64)

80. La Decisión 2011/278 es algo menos clara por lo que respecta a la relación entre las referencias alternativas, aunque las definiciones de las subinstalaciones de emisiones con referencia de calor y de combustible y con emisiones de proceso, en las letras c), d) y h), respectivamente, del artículo 3, disponen que solo se aplican a las entradas, salidas y emisiones correspondientes fuera del ámbito de una subinstalación con referencia de producto. No obstante, si se atiende a las demás condiciones de una subinstalación con referencia de calor y con referencia de combustible, la primera hace referencia a «las entradas, salidas y emisiones correspondientes [...] ligadas a la producción de *calor medible* (65) —o a su importación desde una instalación u otra entidad incluida en el régimen de la Unión, o a ambas—», junto a otras condiciones asociadas. Por otro lado, las subinstalaciones de referencia de combustible se refieren a las entradas, salidas y emisiones correspondientes ligadas a la producción de calor no medible, entre otras condiciones.

81. Así lo confirmó también el Tribunal de Justicia en su sentencia *Borealis* y otros, donde declaró que las definiciones de las subinstalaciones con distintas referencias se excluyen entre sí. (66) Por lo que se refiere a las subinstalaciones con emisiones de proceso, consideró que esto se debía a que «solo la generación de ciertos tipos de emisiones específicas mencionadas en el artículo 3, letra h), incisos i) a vi), de la misma Decisión permite proceder a dicha calificación». (67) Asimismo, basándose en el considerando 12 de la citada Decisión, declaró que, en los casos en los que no fue posible obtener una referencia de producto pero se generan gases de efecto invernadero que podrían optar a la asignación gratuita de derechos de emisión, se estableció una jerarquía de tres enfoques alternativos. (68)

82. Por lo tanto, la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal de lo Contencioso-Administrativo de Berlín ya fue resuelta por el Tribunal de Justicia en la sentencia *Borealis* y otros. (69)

83. Con todo respeto, no son convincentes las alegaciones de ExxonMobil en el sentido de que no existe jerarquía alguna entre los enfoques alternativos o, con carácter subsidiario, que las subinstalaciones con emisiones de proceso han de tener preferencia, al ser el enfoque más específico. Y afirmo esto por las siguientes razones.

84. ExxonMobil alega que las subinstalaciones con referencia de calor y las subinstalaciones con emisiones de proceso pueden coincidir. En su opinión, esto queda patente por la forma en que se determina el nivel histórico de actividad anual en relación con el calor en el artículo 9, apartado 3, de la Decisión 2011/278. La asignación de los derechos de emisión a una subinstalación con referencia de calor depende de las emisiones resultantes de la producción del calor medible. Estas emisiones se infieren del calor producido, que se mide en terajulios anuales. Por otro lado, una subinstalación con emisiones de proceso, al menos con arreglo al artículo 3, letra h), inciso v), de la Decisión 2011/278, se caracteriza por que las emisiones son resultado de un proceso «para una finalidad primaria distinta de la generación de calor». En consecuencia, el nivel histórico de actividad anual a efectos del artículo 9, apartado 5, de la Decisión 2011/278 equivale a la cantidad de emisiones medidas en toneladas de CO₂ equivalente. Estas alegaciones se refieren a la cuestión

de si una subinstalación con referencia de calor y una subinstalación con emisiones de proceso pueden estar presentes en la misma instalación, pero en relación con distintas emisiones.

85. Si bien es cierto que en una misma instalación pueden coincidir dos (o más) subinstalaciones relativas a distintas actividades, las mismas entradas, salidas y emisiones (70) no pueden estar en el ámbito de varias subinstalaciones, pues, de lo contrario, existiría el riesgo de solapamiento y doble contabilización, algo que prohíbe el artículo 6, apartado 2, de la Decisión 2011/278. (71) Si se admite que los criterios aplicables a las diferentes subinstalaciones pueden ser cumplidos por las mismas entradas, salidas y emisiones, la concepción subyacente a la Decisión 2011/278 es la siguiente. Según se explica en el estudio encargado por la Comisión Europea «Metodología para la asignación gratuita de derechos de emisión en el CDE UE después de 2012», tres factores influyen en las diferentes emisiones de CO₂: la mezcla de combustibles elegida, la eficiencia de la producción de calor y la eficiencia del uso final del calor. Las referencias de producto tienen en cuenta todos estos factores.

86. Todo ello está en consonancia con el considerando 1 de la Decisión 2011/278, con arreglo al cual, en la medida de lo posible, se determinarán 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. Cada uno de los métodos de referenciación de la producción de calor para las subinstalaciones con referencia de calor, de referenciación de la mezcla de combustibles para las subinstalaciones con referencia de combustible y el método de «derechos adquiridos» (que solo tiene en cuenta los datos históricos y se utiliza para emisiones de proceso) omite uno de dichos factores, sin que el método de derechos adquiridos tenga en cuenta ninguno de ellos. (72) Esta es la lógica en que se basa la jerarquía entre las diferentes referencias alternativas. Los métodos de referenciación que proponen incentivos para la reducción de emisiones tienen preferencia sobre la subinstalación con emisiones de proceso, que no es objeto de tales incentivos.

87. En consecuencia, sería contrario al régimen del artículo 10 *bis* de la Directiva 2003/87 y de la Decisión 2011/278 no aplicar la jerarquía entre las diferentes referencias descritas en el considerando 12 de la citada Decisión.

88. Habida cuenta de las anteriores consideraciones, considero que, cuando una instalación sujeta al comercio de emisiones reúne los requisitos para constituir tanto una subinstalación con referencia de calor como una subinstalación con emisiones de proceso, la asignación de derechos de emisión gratuitos debe producirse conforme a la referencia de calor. Esto se debe simplemente a que las asignaciones conforme a la referencia de calor tienen preferencia sobre las asignaciones conforme a emisiones de proceso.

D. Quinta cuestión prejudicial: ¿pueden satisfacerse los derechos de asignación de derechos de emisión gratuitos correspondientes al tercer período de comercio una vez finalizado este?

89. Mediante su quinta cuestión prejudicial, el Tribunal de lo Contencioso-Administrativo de Berlín desea saber si los derechos de asignación de derechos de emisión gratuitos correspondientes al tercer período de comercio, reconocidos por un tribunal solamente después de concluido dicho período, pueden satisfacerse con derechos de emisión gratuitos correspondientes al cuarto período. (73) De nuevo, esta cuestión solo se plantea en caso de respuesta afirmativa a las cuatro primeras cuestiones prejudiciales. Habida cuenta de mis respuestas a estas cuestiones, no se cumple esta condición. No obstante, propongo considerar la cuestión por si el Tribunal de Justicia resolviese en sentido diferente.

90. Las dudas del Tribunal de lo Contencioso-Administrativo de Berlín respecto a esta cuestión se derivan principalmente de la jurisprudencia del Bundesverwaltungsgericht (Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo). Este ha resuelto que las reclamaciones (pendientes) de asignaciones adicionales respecto al segundo período de comercio (de 2008 a 2012) se habían extinguido, a más tardar, el 30 de abril de 2013 (a medianoche). (74)

91. No obstante, es preciso señalar que la situación jurídica al final del segundo período de comercio difería sustancialmente de la existente al final del tercer período de comercio. Mientras que, con arreglo al artículo 13, apartado 1, de la Directiva 2003/87, los derechos de emisión asignados durante un período de comercio solo eran válidos para las emisiones producidas durante dicho período, esta redacción fue modificada por la Directiva 2018/410. La primera frase del artículo 13 de la Directiva 2003/87 reza ahora «Los derechos de emisión expedidos a partir del 1 de enero de 2013 tendrán validez indefinida [...]». (75)

Esto es posible debido a la continuidad general de las normas entre el tercer y el cuarto período de comercio. En esencia, la cuestión es si se puede satisfacer (y, en tal caso, cómo) un eventual derecho de asignación de derechos de emisión gratuitos en defecto de una disposición específica que regule este extremo.

92. El Tribunal de lo Contencioso-Administrativo de Berlín ha preguntado expresamente si, en tal caso, un derecho de asignación adicional de derechos de emisión gratuitos correspondientes al tercer período de comercio puede satisfacerse con derechos de emisión correspondientes al cuarto período. De conformidad con el artículo 13 de la Directiva 2003/87 (en su versión resultante de la Directiva 2018/410), los derechos de emisión expedidos a partir de 2021 solo serán válidos a partir del comienzo del período de diez años en que se hayan expedido. Por lo tanto, un demandante al que se haya concedido un derecho de asignación de derechos de emisión no podrá cumplir sus obligaciones derivadas del artículo 12, apartado 3, de la Directiva 2003/87 con derechos de emisión correspondientes al cuarto período de comercio. En consecuencia, para poder dar una respuesta útil al Tribunal de lo Contencioso-Administrativo de Berlín es preciso reformular esta cuestión convenientemente, de manera que la respuesta no se limite a aclarar si es posible satisfacer tal derecho con derechos de emisión correspondientes al cuarto período de comercio.

93. La cuestión de cómo se puede satisfacer un eventual derecho de asignación de derechos de emisión gratuitos correspondientes al tercer período de comercio presenta un doble aspecto. Por un lado, se trata de averiguar el fundamento procesal de tal cambio en la asignación y, por otro, cuál es el «origen» de estas asignaciones. Respecto al primer aspecto, tal como han señalado el Gobierno alemán, representado por el Ministro Federal de Economía y Energía, y la Comisión, cualquier ajuste constituye un cambio en el cuadro nacional de asignación establecido en el artículo 52 del Reglamento n.º 389/2013, (76) que, de conformidad con el artículo 88 del Reglamento Delegado 2019/1122, (77) seguirá siendo aplicable hasta el 1 de enero de 2026 a todas las operaciones requeridas en relación con el período de comercio comprendido entre 2013 y 2020. Si un tribunal decide que un operador tiene derecho a una nueva asignación de derechos de emisión gratuitos, el Estado miembro de que se trate informará a la Comisión en consecuencia [artículo 52, apartado 2, letra d), del Reglamento (CE) n.º 389/2013], y la Comisión ordenará al administrador central que introduzca los cambios correspondientes en el cuadro nacional de asignación del Diario de Transacciones de la Unión Europea. (78) El administrador central garantizará entonces que el Registro de la Unión transfiera los correspondientes derechos de emisión desde la cuenta de asignación de la UE conforme al cuadro nacional de asignación ajustado, a la cuenta de haberes del titular de instalación con arreglo al artículo 53, apartado 2, del Reglamento n.º 389/2013.

94. En cuanto al segundo aspecto, el origen de los derechos de emisión, si bien ni la Directiva 2003/87 ni la Decisión 2011/278 ni el Reglamento Delegado 2019/331 se ocupan en concreto del ajuste de los derechos de emisión gratuitos a raíz de una resolución judicial, y aunque el artículo 24, apartado 2, de la Decisión 2011/278 no hace referencia al aumento de los derechos de emisión a consecuencia de una resolución judicial, este último artículo puede aplicarse por analogía a dichos supuestos. La diferencia entre el caso en que la resolución judicial recae antes del final del período de comercio y el caso en que se adopta en un momento posterior es que, en este último, los respectivos derechos de emisión ya no pueden deducirse del número de derechos que subastará el Estado miembro correspondiente durante dicho período.

95. Si bien no es el objeto de la reserva de estabilidad del mercado proporcionar derechos de emisión para pretensiones que no hayan quedado satisfechas al final del tercer período de comercio, sino resolver los desequilibrios estructurales entre la oferta y la demanda, (79) los derechos procedentes de esta fuente son idóneos para aquel fin. Esto se debe a la estructura y la finalidad de la reserva de estabilidad del mercado.

96. Con arreglo al artículo 1, apartados 2, 3 y 5, de la Decisión 2015/1814, la reserva de estabilidad del mercado se compone de: i) 900 millones de derechos de emisión destinados a subastarse a lo largo de los años 2019 y 2020, de conformidad con la tercera columna del anexo IV del Reglamento n.º 176/2014; (80) ii) derechos de emisión no asignados a nuevos entrantes de conformidad con el artículo 10 *bis*, apartado 7, de la Directiva 2003/87 y los no asignados a instalaciones que hayan cesado (parcial o totalmente) de funcionar o hayan reducido significativamente su capacidad (artículo 10 *bis*, apartados 19 y 20, de la Directiva 2003/87), y iii) una cantidad anual de derechos de emisión equivalente al 12 % de la cantidad total de derechos de emisión en circulación, (81) si dicha cantidad supera los 100 millones.

97. Con estas reglas de asignación simplemente se pretendía sacar del mercado los excedentes de derechos de emisión para reintroducirlos de nuevo, totalmente o en parte, si la cantidad de derechos de

emisión en circulación quedaba por debajo del umbral de 400 millones. Los derechos de emisión que hubieran debido ser asignados al operador de una instalación si se hubiesen aplicado correctamente la Directiva 2003/87 y la Decisión 2011/278 no forman parte de dicho excedente, por lo que pueden extraerse de la reserva de estabilidad del mercado sin afectar al total de asignaciones. Tampoco se ve comprometido el objetivo de la reserva de estabilidad del mercado si se deduce de ella una cantidad limitada de derechos de emisión para añadirlos a la cantidad en circulación. Dado que los derechos de emisión correspondientes al tercer período de comercio que pueden asignarse de esta forma tienen validez indefinida, a tenor del artículo 13, primera frase, de la Directiva 2003/87, (82) su beneficiario puede utilizarlos o bien en el tercer período de comercio, o bien en períodos de comercio posteriores a este.

98. Por cuanto antecede, propongo concluir que los derechos de asignación adicional de derechos de emisión gratuitos correspondientes al tercer período de comercio, una vez haya finalizado este, se pueden satisfacer con derechos correspondientes al tercer período de comercio cuando la existencia de tal derecho de asignación adicional no se determine judicialmente hasta después de la finalización del tercer período de comercio. Los derechos de emisión correspondientes al tercer período de comercio no se extinguen con el final de dicho período.

V. Conclusión

99. Habida cuenta de las consideraciones expuestas, propongo al Tribunal de Justicia que responda de la siguiente manera a las cuestiones prejudiciales planteadas por el Verwaltungsgericht Berlin (Tribunal de lo Contencioso-Administrativo de Berlín, Alemania):

- «1) El CO₂ liberado a la atmósfera como parte del procesamiento de gas natural (en forma de gas ácido) en el “proceso Claus”, por medio del CO₂ inherente en el gas natural que se separa de la mezcla de gas pero que en sí mismo no se utiliza durante la reacción química de desulfuración, no se produce como resultado del proceso mencionado en el artículo 3, letra h), inciso v), de la Decisión de la Comisión 2011/278/UE, 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 del Parlamento Europeo y del Consejo, ya que el gas ácido, que es una materia prima que contiene carbono, no se “usa” a los efectos de dicha disposición.
- 2) Cuando una instalación sujeta al comercio de emisiones reúne los requisitos para constituir tanto una subinstalación con referencia de calor como una subinstalación con emisiones de proceso, la asignación de derechos de emisión gratuitos debe producirse conforme a la referencia de calor. Esto se debe a que las asignaciones conforme a la referencia de calor tienen preferencia sobre las asignaciones conforme a emisiones de proceso.
- 3) Los derechos de asignación adicional de derechos de emisión gratuitos correspondientes al tercer período de comercio, una vez haya finalizado este, pueden satisfacerse con derechos correspondientes al tercer período de comercio cuando la existencia de tal derecho de asignación adicional no se determine judicialmente hasta después de la finalización del tercer período de comercio. Los derechos de emisión correspondientes al tercer período de comercio no se extinguen con el final de dicho período.»

1 Lengua original: inglés.

2 Decisión 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 del Parlamento Europeo y del Consejo (DO 2011, L 130, p. 1).

3 Directiva 2003/87/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de octubre de 2003, por la que se establece un régimen para el comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero en la Comunidad y por la que se modifica la Directiva 96/61/CE del Consejo (DO 2003, L 275, p. 32), modificada

por la Directiva 2009/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, por la que se modifica la Directiva 2003/87 para perfeccionar y ampliar el régimen comunitario de comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero (DO 2009, L 140, p. 63).

[4](#) Cifras aportadas por la Umweltbundesamt (Agencia Federal de Medio Ambiente, Alemania) en la vista oral.

[5](#) Directiva (UE) del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de marzo de 2018, por la que se modifica la Directiva 2003/87 para intensificar las reducciones de emisiones de forma eficaz en relación con los costes y facilitar las inversiones en tecnologías hipocarbónicas, así como la Decisión (UE) 2015/1814 (DO 2018, L 76, p. 3).

[6](#) DO 2012, L 181, p. 30.

[7](#) Decisión (UE) 2015/1814 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de octubre de 2015, relativa al establecimiento y funcionamiento de una reserva de estabilidad del mercado en el marco del régimen para el comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero en la Unión, y por la que se modifica la Directiva 2003/87 (DO 2015, L 264, p. 1).

[8](#) Gesetz über den Handel mit Berechtigungen zur Emission von Treibhausgasen, de 21 de julio de 2011 (BGBl. 2011 I, p. 1475).

[9](#) El Tribunal de lo Contencioso-Administrativo de Berlín no ha citado el artículo 7, párrafo 2, de la TEHG. No obstante, se mencionó en las observaciones escritas de ExxonMobil, como fundamento de la sentencia del Bundesverwaltungsgericht (Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo, Alemania) de 26 de abril de 2018 (DE:BVerwG:2018:260418U7C20.16.0). El tenor de dicha disposición fue modificado por el artículo 1 de la Gesetz zur Anpassung der Rechtsgrundlagen für die Fortentwicklung des Europäischen Emissionshandels (Ley de Actualización al Progreso del Mercado Europeo de Emisiones), de 18 de enero de 2019 (BGBl. I P. 37) con efectos a partir del 25 de enero de 2019.

[10](#) Verordnung über die Zuteilung von Treibhausgas-Emissionsberechtigungen in der Handelsperiode 2013 bis 2020, de 26 de septiembre de 2011 (BGBl. I S. 1921).

[11](#) Artículo 2 en relación con el anexo 1, parte 2, de la TEHG.

[12](#) La disposición relevante de esta Directiva es el artículo 2, apartado 1, en relación con el anexo I.

[13](#) Este dato no ha sido rebatido por ninguna de las partes.

[14](#) No obstante, ExxonMobil señala en su escrito de contestación que desempeña una importante función operativa en el proceso Claus, como gas no inflamable con una función de recuperación de la temperatura para el técnicamente necesario control de la temperatura operativa. Sin embargo, esto ha sido rebatido por la Umweltbundesamt (Agencia Federal de Medio Ambiente, Alemania).

[15](#) Respecto al uso del calor capturado en la caldera de calor residual utilizada en la instalación.

[16](#) La demora entre la fecha en que ExxonMobil presentó su recurso, el 12 de marzo de 2014, y su desestimación por la DEHSt se debe a la suspensión del procedimiento hasta tanto recayese sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto ExxonMobil Production Deutschland (C-682/17, EU:C:2019:518; «asunto C-682/17»), lo que sucedió el 20 de junio de 2019. El citado asunto versaba sobre otra instalación de procesamiento de gas natural en la que se aplicaba el proceso Claus, y explotada también por ExxonMobil.

[17](#) Según el Tribunal de lo Contencioso-Administrativo de Berlín, ExxonMobil no comenzó a generar energía eléctrica para su venta a terceros hasta el verano de 2014, después de que la DEHSt hubiese adoptado su resolución.

[18](#) La República Federal de Alemania es parte en el procedimiento ante el Tribunal de lo Contencioso-Administrativo de Berlín, dado que la resolución impugnada fue adoptada por la DEHSt, que está integrada en la Agencia Federal de Medio Ambiente. Esta última representa a la República Federal de Alemania en su condición de parte en el procedimiento principal. Se trata del organismo central de medio ambiente de la República Federal de Alemania.

[19](#) En su condición de Estado miembro y representado por el Bundesministerium für Wirtschaft und Energie (Ministerio Federal de Economía y Energía).

[20](#) Apartado 58.

[21](#) Sin embargo, no deja de sorprender que, aun cuando afirman esto, no aludan en sus alegaciones a la sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto C-682/17.

[22](#) No son pertinentes aquí las excepciones para las instalaciones de incineración de residuos peligrosos o urbanos.

[23](#) *Ibid.*, apartados 54 y 56.

[24](#) Véase la sentencia de 9 de junio de 2016, Elektriciteits Produktiemaatschappij Zuid-Nederland EPZ (C-158/15, EU:C:2016:422), apartado 29.

[25](#) Diferente, a este respecto, de las conclusiones del Abogado General Saugmandsgaard Øe presentadas en el asunto ExxonMobil Production Deutschland (C-682/17, EU:C:2019:167), punto 74.

[26](#) Sentencia de 28 de febrero de 2018 (C-577/16, EU:C:2018:127).

[27](#) La Comisión basa su alegación en la sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de mayo de 2018, Evonik Degussa (C-229/17, EU:C:2018:323), apartado 42. No obstante, en dicha sentencia el Tribunal de Justicia solo exige «cierto potencial de reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero», no un *especial potencial* de reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero de forma eficaz en relación con el coste.

[28](#) Apartado 57. Véanse también las conclusiones de la Abogada General Kokott presentadas en el asunto Elektriciteits Produktiemaatschappij Zuid-Nederland EPZ (C-158/15, EU:C:2016:139), punto 39, quien señaló que «en el mecanismo de mercado, en determinadas circunstancias, también interesa prescindir por completo de ciertas actividades cuando dejan de ser competitivas debido a los costes derivados de emisiones

inevitables», una lógica que podría ser válida para ciertos depósitos en el presente asunto, si el contenido natural de CO2 es especialmente elevado.

[29](#) Por otro lado, la Decisión 2011/278 no define, como tal, la «emisión de proceso». Pero sobre esto volveré más adelante.

[30](#) Las emisiones de CO2 derivadas de la combustión son objeto de asignaciones con arreglo a la referencia de calor, a tenor del artículo 3, letra c), de la Decisión 2011/278.

[31](#) Véanse, en este sentido, las conclusiones de la Abogada General Trstenjak presentadas en el asunto Agrana Zucker (C-33/08, EU:C:2009:99), punto 37.

[32](#) Véase, por ejemplo, la sentencia en el asunto C-682/17, apartado 71 y jurisprudencia citada.

[33](#) Véase también la sentencia de 28 de febrero de 2018, Trinseo Deutschland (C-577/16, EU:C:2018:127), apartados 45 a 48.

[34](#) Consultado en línea.

[35](#) Ello no impediría el desarrollo del proceso Claus, ya que el CO2 no desempeña ninguna función en él (según veremos más adelante).

[36](#) Consultado en línea.

[37](#) No conducen a una conclusión diferente las otras versiones lingüísticas del artículo 3, letra h), inciso v), de la Decisión 2011/278, como la neerlandesa, la francesa, la alemana, la italiana, la portuguesa, la sueca y la española.

[38](#) El representante de la Agencia Federal de Medio Ambiente observó que el CO2 podría separarse antes de someterse el gas al proceso Claus, sin que ello afectase en modo alguno al resultado, y que, en efecto, el equipo de proceso Claus habría de adaptarse al contenido específico de CO2 del gas natural utilizado. Esto no ha sido rebatido por ExxonMobil. En definitiva, corresponde al tribunal remitente apreciar si el CO2 cumple una función necesaria en el proceso.

[39](#) Corresponde al órgano jurisdiccional nacional decidir si es necesario.

[40](#) Sentencia de 3 de diciembre de 2020, Ingredion Germany (C-320/19, EU:C:2020:983), apartado 50 y jurisprudencia citada.

[41](#) Véanse, en particular, las sentencias de 8 de marzo de 2017, ArcelorMittal Rodange et Schifflange (C-321/15, EU:C:2017:179), apartado 24; de 18 de enero de 2018, INEOS (C-58/17, EU:C:2018:19), apartado 22; de 28 de febrero de 2018, Trinseo Deutschland (C-577/16, EU:C:2018:127), apartado 39, y en el asunto C-682/17, apartado 62.

[42](#) Véanse, en particular, las sentencias de 8 de marzo de 2017, ArcelorMittal Rodange et Schifflange (C-321/15, EU:C:2017:179), apartado 22; de 18 de enero de 2018, INEOS (C-58/17, EU:C:2018:19), apartado 22; de 28 de febrero de 2018, Trinseo Deutschland (C-577/16, EU:C:2018:127), apartado 40, y en el asunto C-682/17, EU:C:2019:518, apartado 63.

[43](#) Sentencia de 18 de enero de 2018, INEOS (C-58/17, EU:C:2018:19), apartado 25 y jurisprudencia citada. Este objetivo se ha ido posponiendo sucesivamente hasta 2030 para los sectores que se consideran de bajo o nulo riesgo de fuga de carbono, salvo la calefacción urbana (sujeta a revisión), y se ha abandonado respecto a sectores y subsectores considerados expuestos a un riesgo significativo de fuga de carbono (véase el considerando 10, párrafo segundo, de la Directiva 2018/410). En consecuencia, el artículo 10 *bis*, apartado 11, fue suprimido de la Directiva 2003/87 mediante el artículo 1, apartado 14, letra k), de la Directiva 2018/410. Sin embargo, con ello no cambiaron los objetivos de la Directiva respecto a antes de la modificación. Incluso después de dicho período, las reglas relativas a la asignación gratuita de derechos de emisión deben considerarse excepcionales. De acuerdo con el considerando 5 de la Directiva 2018/410, «la asignación gratuita no debe suprimirse y [...] deben mantenerse las medidas existentes después de 2020 con el objetivo de prevenir el riesgo de fuga de carbono debido a la política climática, [únicamente] mientras otras grandes economías no lleven a cabo esfuerzos comparables».

[44](#) Me ocuparé de la cuestión de si existe también un orden (descendente) entre estas tres «referencias alternativas» cuando examine la cuarta cuestión prejudicial.

[45](#) Véase el artículo 3, letras c) y d), de la Decisión 2011/278.

[46](#) Véase el artículo 3, letra h), de la Decisión 2011/278.

[47](#) Sentencia de 18 de enero de 2018, INEOS (C-58/17, EU:C:2018:19), apartado 36. Allí el Tribunal de Justicia incluso se refirió a las emisiones de proceso como «último enfoque “alternativo”».

[48](#) En el presente asunto, no parece que ninguna de las partes niegue que la finalidad de la recuperación de azufre no es la generación de calor.

[49](#) Nota 42.

[50](#) El artículo 3, punto 40, del Reglamento n.º 601/2012 define el «CO2 inherente» como el CO2 que forma parte de un combustible.

[51](#) Apartado 54.

[52](#) Las condiciones para que un sector o subsector se considere expuesto a un riesgo significativo de fuga de carbono se establecen en el artículo 10 *bis*, apartados 14 a 17, de la Directiva 2003/87. La lista de sectores o subsectores expuestos a un riesgo significativo de fuga de carbono a efectos del artículo 10 *bis*, apartado 13, de la Directiva 2003/87 se define en una Decisión de la Comisión de 24 de diciembre de 2009 (2010/2/UE), por la que se determina, de conformidad con la Directiva 2003/87 del Parlamento Europeo y del Consejo, una lista de los sectores y subsectores que se consideran expuestos a un riesgo significativo de fuga de carbono (DO 2010, L 1, p. 11). En el punto 1.4 de su anexo figura la «extracción de crudos de petróleo y gas natural».

[53](#) Véanse al respecto la sentencia de 20 de junio de 2019 (C-682/17, EU:C:2019:518), apartado 94, y asimismo la nota 44 de estas conclusiones.

[54](#) Véanse, en este sentido, las sentencias de 26 de octubre de 2016, Yara Suomi y otros (C-506/14, EU:C:2016:799), apartados 46 y 47.

[55](#) C-80/16, EU:C:2017:192, punto 47.

[56](#) Véase también, por analogía, la sentencia de 26 de octubre de 2016, Yara Suomi y otros (C-506/14, EU:C:2016:799), apartado 54, donde los demandantes impugnaron la aplicación del factor de corrección uniforme intersectorial, aplicable para limitar la cantidad máxima anual de derechos de emisión con arreglo al artículo 10 *bis*, apartado 5, de la Directiva 2003/87, a todas las cantidades preliminares de derechos de emisión, sin exceptuar las instalaciones de los sectores o subsectores expuestos a un riesgo significativo de fuga de carbono.

[57](#) El subrayado es mío,

[58](#) El subrayado es mío.

[59](#) Ecofys, Fraunhofer Institute for Systems and Innovation Research, Öko-Institut, noviembre de 2009 (estudio encargado por la Comisión Europea), pp. ii y 25.

[60](#) Según observó dicho representante, existen referencias de producto específicas para la «recuperación de azufre» en refinerías, con arreglo al anexo II de la Decisión 2011/278. Las referencias de producto en el sector de la refinería normalmente se basan en el criterio de la «tonelada ponderada de CO₂», que tampoco tiene en cuenta el CO₂ inherente. Véase, respecto a este criterio, el considerando 24 de la Decisión 2011/278.

[61](#) No obstante, como ya he señalado, es cuestionable el hecho mismo de que las emisiones del presente asunto sean realmente inevitables. Véase el punto 47 de las presentes conclusiones.

[62](#) Sentencia de 7 de noviembre de 2019, K. H.K. (Retención de cuentas) (C-555/18, EU:C:2019:937), apartado 28 y jurisprudencia citada.

[63](#) Dejando aparte la cuestión de si esto es posible, pues, en su sentencia de 8 de septiembre de 2016, Borealis y otros (C-180/15, EU:C:2016:647), apartados 62 a 69, el Tribunal de Justicia ya resolvió que se excluyen mutuamente.

[64](#) El mismo enfoque adopta ahora el artículo 10, apartado 2, del Reglamento Delegado (UE) 2019/331 de la Comisión, de 19 de diciembre de 2018, por el 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 del Parlamento Europeo y del Consejo (DO 2019, L 59, p. 8).

[65](#) El subrayado es mío.

[66](#) Sentencia de 8 de septiembre de 2016, Borealis y otros (C-180/15, EU:C:2016:647), apartados 62 a 65, y sentencias de 18 de enero de 2018, INEOS (C-58/17, EU:C:2018:19), apartado 29, y de 3 de diciembre de

2020, Ingedion Germany (C-320/19, EU:C:2020:983), apartado 68.

[67](#) Sentencia de 8 de septiembre de 2016, Borealis y otros (C-180/15, EU:C:2016:647), apartado 66.

[68](#) *Ibid.*, en el apartado 67.

[69](#) Sentencia de 8 de septiembre de 2016, Borealis y otros (C-180/15, EU:C:2016:647).

[70](#) Utilizo los términos que aparecen ahora en el artículo 10 del Reglamento Delegado n.º 2019/331, que es más claro por cuanto no se refiere solo a las emisiones, sino a «las entradas, salidas y emisiones de la instalación» asignadas a una o más subinstalaciones, lo que constituye una referencia mucho más adecuada a las distintas subinstalaciones.

[71](#) Los Estados miembros están obligados a asegurarse de ello, con arreglo a los artículos 7, apartado 7, y 8, apartado 5, de la Decisión 2011/278. Véase también la sentencia de 8 de septiembre de 2016, Borealis y otros (C-180/15, EU:C:2016:647), apartado 69.

[72](#) Ecofys, Fraunhofer Institute for Systems and Innovation Research, Öko-Institut, «Methodology for the free allocation of emission allowances in the EU ETS post 2012: Report on the project approach and general issues», noviembre de 2009 (estudio encargado por la Comisión Europea), pp. 38 y 39.

[73](#) ExxonMobil ha informado al Tribunal de Justicia de que solicitó al Tribunal de lo Contencioso-Administrativo de Berlín medidas cautelares mediante solicitud de 16 de julio de 2020. Pidió a dicho tribunal una declaración en que obligase a la DEHSt a garantizar que, a más tardar el 31 de diciembre de 2020, se abonase en la cuenta de haberes del operador de ExxonMobil el número equivalente al número de derechos de emisión reclamado en el procedimiento principal de la presente petición de decisión prejudicial, para garantizar sus derechos de asignación. En respuesta a esta solicitud, y antes de que el Tribunal de lo Contencioso-Administrativo de Berlín resolviese al respecto, la DEHSt había solicitado a la Comisión la transferencia de dicho número de derechos de emisión a la cuenta nacional de haberes de derechos de emisión de la República Federal de Alemania o a la cuenta de haberes del operador de ExxonMobil. La Comisión desestimó esta solicitud mediante escrito remitido a la DEHSt el 8 de diciembre de 2020. El Tribunal de lo Contencioso-Administrativo de Berlín dictó una orden de medidas cautelares el 15 de diciembre de 2020 (VG 10 L 2016/2020) en la que obligaba a la DEHSt a declarar que, si se extinguían los derechos de emisión correspondientes al período 2013-2020, trataría a ExxonMobil como si esto no hubiese sucedido. Dicha orden fue anulada por el Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg (Tribunal Superior de lo Contencioso-Administrativo de Berlín-Brandenburg, Alemania) el 23 de diciembre de 2020, y la solicitud de ExxonMobil quedó definitivamente desestimada (DE:OVGBEBB:2020:0323.OVG11S12.20.00). Tampoco prosperó una solicitud de medidas cautelares presentada ante el Bundesverfassungsgericht (Tribunal Constitucional Federal, Alemania) (DE:BVerfG:2020:qk20201229.1bvq016120). De forma paralela, el 17 de diciembre de 2020, ExxonMobil inició un procedimiento con arreglo al artículo 263 TFUE, en el que impugnaba la legalidad de la decisión de la Comisión de 8 de diciembre de 2020 dirigida a la DEHSt. Asimismo, solicitó medidas provisionales en virtud del artículo 279 TFUE. Esta pretensión fue desestimada mediante auto del Presidente del Tribunal General de 31 de diciembre de 2020, ExxonMobil Production Deutschland/Comisión (T-731/20 R, no publicado, EU:T:2020:654), en particular, por considerar improbable que unos derechos no satisfechos de asignación de derechos de emisión gratuitos se extinguiesen con el final del tercer período de comercio (apartado 17 del auto).

[74](#) Sentencia del Bundesverwaltungsgericht (Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo) de 26 de abril de 2018 (DE:BVerwG:2018:260418U7C20.16.0).

[75](#) Con arreglo al artículo 27 del Reglamento Delegado 331/2019, la Decisión 2011/278 ha de seguir aplicándose a las asignaciones correspondientes al período anterior al 1 de enero de 2021, no obstante la derogación de dicha Decisión.

[76](#) Reglamento (UE) n.º 389/2013 de la Comisión, de 2 de mayo de 2013, por el que se establece el Registro de la Unión de conformidad con la Directiva 2003/87 del Parlamento Europeo y del Consejo y las Decisiones n.º 280/2004/CE y n.º 406/2009/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, y por el que se derogan los Reglamentos (UE) n.º 920/2010 y n.º 1193/2011 de la Comisión (DO 2013, L 122, p. 1).

[77](#) Reglamento Delegado (UE) 2019/1122 de la Comisión, de 12 de marzo de 2019, que completa la Directiva 2003/87 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta al funcionamiento del Registro de la Unión (DO 2019, L 177, p. 3).

[78](#) Con arreglo al artículo 52, apartado 2, párrafo segundo, del Reglamento n.º 389/2013, la Comisión verificará si el cambio es conforme, principalmente, con la Directiva 2003/87 y con la Decisión 2011/278 y, en caso contrario, lo rechazará.

[79](#) Véase, en ese sentido, el considerando 4 de la Decisión 2015/1814.

[80](#) Reglamento (UE) n.º 176/2014 de la Comisión, de 25 de febrero de 2014, por el que se modifica el Reglamento (UE) n.º 1031/2010, en particular con el fin de determinar los volúmenes de los derechos de emisión de gases de efecto invernadero que se subastarán en 2013-2020 (DO 2014, L 56, p. 11). Como medida a corto plazo para solventar el excedente de derechos de emisión en el mercado, inicialmente habían sido «aplazados» reduciendo los volúmenes entre 2014 y 2016 con la intención de que se subastasen en 2019 y 2020.

[81](#) Con arreglo al artículo 1, apartado 4, de la Decisión 2015/1814, se trata del número total de derechos de emisión expedidos en el período desde el 1 de enero de 2008 y de los derechos de utilización de créditos internacionales ejercitados por las instalaciones en el marco del RCDE UE con respecto a las emisiones hasta el 31 de diciembre de dicho año, menos las toneladas totales de emisiones verificadas de las instalaciones con arreglo al RCDE UE entre el 1 de enero de 2008 y el 31 de diciembre de ese mismo año, los derechos de emisión cancelados y la cantidad de derechos de emisión en la reserva.

[82](#) En su versión modificada por la Directiva 2018/410.