



# Recopilación de la Jurisprudencia

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL  
SR. HENRIK SAUGMANDSGAARD ØE  
presentadas el 28 de febrero de 2019<sup>1</sup>

**Asunto C-682/17**

**ExxonMobil Production Deutschland GmbH**  
**contra**  
**Bundesrepublik Deutschland**

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

«Procedimiento prejudicial — Medio ambiente — Régimen para el comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero — Instalación de tratamiento de gas natural — Recuperación de azufre — Producción de electricidad en un dispositivo auxiliar — Directiva 2003/87/CE — Artículo 2, apartado 1 — Ámbito de aplicación — Anexo I, punto 6 — Actividad de “combustión de combustibles” — Artículo 3, letra t) — Concepto de “combustión” — Artículo 3, letra u) — Concepto de “generador de electricidad” — Artículo 10 *bis*, apartados 3 y 4 — Régimen transitorio para la armonización de la asignación gratuita de derechos de emisión — Restricción de la asignación gratuita de derechos de emisión a los generadores de electricidad — Decisión 2011/278/UE — Artículo 3, letra c) — Concepto de “subinstalación con referencia de calor” — Artículo 3, letra h) — Concepto de “subinstalación con emisiones de proceso”»

## I. Introducción

1. La petición de decisión prejudicial planteada por el Verwaltungsgericht Berlin (Tribunal de lo Contencioso-Administrativo de Berlín, Alemania) versa sobre la interpretación del artículo 3, letra u), del artículo 10 *bis* y del anexo I de la Directiva 2003/87/CE,<sup>2</sup> por la que se establece un régimen para el comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero en la Unión Europea (en lo sucesivo, «régimen del comercio de derechos de emisión»), así como del artículo 3, letras c) y h), de la Decisión 2011/278/UE,<sup>3</sup> por la que se determinan las normas transitorias para la armonización de la asignación gratuita de derechos de emisión.

2. La presente petición de decisión prejudicial se suscita en el marco de un litigio entre ExxonMobil Production Deutschland GmbH (en lo sucesivo, «ExxonMobil») y la República Federal de Alemania, representada por la Umweltbundesamt (Oficina Federal para el Medioambiente, Alemania), en relación con la denegación de asignar de forma gratuita, a una instalación de tratamiento de gas natural explotada por ExxonMobil, una parte de los derechos de emisión solicitados para el año 2013.

<sup>1</sup> Lengua original: francés.

<sup>2</sup> Directiva 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), en su versión modificada por la Directiva 2009/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009 (DO L 140, p. 63).

<sup>3</sup> 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] (DO 2011, L 130, p. 1).

3. A solicitud del Tribunal de Justicia, mis conclusiones se centrarán en las cuestiones prejudiciales primera y segunda del órgano jurisdiccional remitente. Dichas cuestiones se refieren al alcance del concepto de «generador de electricidad» en el sentido del artículo 3, letra u), de la Directiva 2003/87 y a las consecuencias que de la condición de generador de electricidad de una instalación se derivan para la asignación gratuita de derechos de emisión de que puede disfrutar en virtud del artículo 10 *bis* de la referida Directiva.

## II. Marco jurídico

### A. Derecho de la Unión

#### 1. Directiva 2003/87

4. El artículo 3, letra u), de la Directiva 2003/87 define el concepto de «generador de electricidad» como «una instalación que, a partir del 1 de enero de 2005, haya producido electricidad para venderla a terceros y en la que no se realiza ninguna actividad del anexo I, con excepción de la de “combustión de combustibles”».

5. En su versión vigente en el momento de los hechos pertinentes,<sup>4</sup> el artículo 10 *bis* de dicha Directiva tenía el siguiente tenor:

«1. Antes del 31 de diciembre de 2010, la Comisión adoptará medidas de desarrollo a escala comunitaria, totalmente armonizadas, para la asignación de los derechos de emisión [...].

[...]

[...] No se asignará ningún derecho de forma gratuita a la producción de electricidad, excepto en los casos cubiertos por el artículo 10 *quater* y en el caso de la electricidad producida con gases residuales.

[...]

3. Sin perjuicio de los apartados 4 y 8 y no obstante lo dispuesto en el artículo 10 *quater*, no se asignará ningún derecho de forma gratuita a los generadores de electricidad [...].

4. Se asignarán derechos de emisión de forma gratuita a la calefacción urbana y a la cogeneración de alta eficiencia, respecto de la producción de calor o refrigeración, tal como se define en la Directiva 2004/8/CE, [<sup>5</sup>] con objeto de satisfacer una demanda justificada desde el punto de vista económico. En cada uno de los años siguientes a 2013, la asignación total a ese tipo de instalaciones para la producción de calor se adaptará utilizando el factor lineal a que se refiere el artículo 9.

[...]»

<sup>4</sup> Ciertas disposiciones del artículo 10 *bis* de la Directiva 2003/87 han sido modificadas posteriormente por la Directiva (UE) 2018/410 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).

<sup>5</sup> Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de febrero de 2004, relativa al fomento de la cogeneración sobre la base de la demanda de calor útil en el mercado interior de la energía y por la que se modifica la Directiva 92/42/CEE (DO 2004, L 52, p. 50).

## 2. Decisión 2011/278

6. El artículo 3 de la Decisión 2011/278 dispone:

«A los efectos de la presente Decisión, se aplicarán las siguientes definiciones:

[...]

- c) «subinstalación con referencia de calor»: las entradas, salidas y emisiones correspondientes, fuera del ámbito de una subinstalación con referencia de producto, ligadas a la producción de calor medible —o a su importación desde una instalación u otra entidad incluida en el régimen de la Unión, o a ambas:
- consumido dentro de los límites de la instalación para la producción de productos, para la producción de energía mecánica distinta de la utilizada para la producción de electricidad, para calefacción o refrigeración a excepción del consumo para la producción de electricidad, o
  - exportado a una instalación u otra entidad no incluida en el régimen de la Unión, a excepción de la exportación para la producción de electricidad;

[...]

- h) “subinstalación con emisiones de proceso”: [...] las emisiones de dióxido de carbono [CO<sub>2</sub>] 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 [...]:

[...]

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

[...]»

### **B. Derecho alemán**

7. El artículo 9 de la Treibhausgas-Emissionshandelsgesetz (Ley sobre el comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero), de 21 de julio de 2011 (BGBl. 2011 I, p. 1475; en lo sucesivo, «TEHG»), tiene el siguiente tenor:

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

[...]

(6) La cantidad definitiva de derechos de emisión asignados a la instalación equivaldrá al resultado de multiplicar la cantidad preliminar de derechos de emisión calculada con arreglo a los apartados 1 a 5 por el factor de corrección intersectorial fijado por la Comisión Europea conforme al artículo 15, apartado 3, de las normas de la Unión Europea para la armonización de la asignación. En el marco de la asignación para el calor producido por los generadores de electricidad, el factor lineal previsto en el artículo 10 *bis*, apartado 4, de la Directiva 2003/87/CE sustituirá al factor de corrección mencionado en la primera frase, y el cálculo se basará en el número anual preliminar de derechos que han de asignarse gratuitamente al generador de electricidad de que se trate para el año 2013.»

8. El anexo 1, parte 2, de la TEHG, titulado «Actividades», menciona 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)], salvo si se indican en uno de los puntos siguientes». El anexo 1, parte 2, de la TEHG enumera, en sus puntos 2 a 4, diversos tipos de «instalaciones destinadas a la producción de electricidad, vapor, agua caliente, calor de proceso o gas de escape calentado» cuyas emisiones están asimismo incluidas en el ámbito de aplicación de la referida Ley.

9. El artículo 2 del Verordnung über die Zuteilung von Treibhausgas-Emissionsberechtigungen in der Handelsperiode 2013 bis 2020 (Reglamento de asignación de derechos de emisión de gases de efecto invernadero en el período de comercio 2013-2020), de 26 de septiembre de 2011 (BGBl. 2011 I, p. 1921; en lo sucesivo, «ZuV 2020»), define en su punto 21 el concepto de «generador de electricidad» como «la instalación que ha producido electricidad y la ha vendido a terceros después del 31 de diciembre de 2004 y en la que se ejerce exclusivamente alguna de las actividades mencionadas en el anexo 1, parte 2, puntos 1 a 4, [de la TEHG]».

10. El artículo 2, puntos 29 y 30, del ZuV 2020 define los conceptos de «subinstalación con emisiones de proceso» y de «subinstalación con referencia de calor» en términos análogos a los del artículo 3, letras h) y c), de la Decisión 2011/278. El artículo 2, punto 29, letra b), inciso ee), del ZuV 2020 se corresponde con el artículo 3, letra h), inciso v), de la Decisión 2011/278.

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

11. ExxonMobil explotó, hasta el año 2013 inclusive, una instalación de tratamiento de gas natural (en lo sucesivo, «instalación») situada en Steyerberg (Alemania). La instalación estaba compuesta por dispositivos de desulfuración y deshidratación de gas natural, dispositivos de recuperación de azufre (denominados «dispositivos Claus»), dispositivos de lavado de gases residuales y dispositivos accesorios. Estos últimos incluían una caldera de vapor, un dispositivo de motores de gas, unos dispositivos de antorcha de emergencia y una central térmica de condensación.

12. La central térmica estaba conectada a la red eléctrica pública, en la que se inyectaban de manera constante pequeñas cantidades de corriente eléctrica a fin de garantizar la alimentación eléctrica continua de la instalación en caso de avería de los dispositivos Claus, que habría ocasionado la pérdida de cierta cantidad de vapor. La resolución de remisión contiene un balance de energía eléctrica que recoge los datos de producción, importación, exportación y consumo de electricidad de la instalación durante los años 2005 a 2010. Dicho balance indica que, en algunos de esos años, la instalación consumió más energía eléctrica de la que produjo.

13. El 24 de febrero de 2014, el Deutsche Emissionshandelsstelle (Servicio alemán de comercio de derechos de emisión; en lo sucesivo, «DEHSt») asignó gratuitamente a ExxonMobil 1 179 523 derechos de emisión para el período de comercio 2013-2020. Dicha asignación se basaba en aplicar, en parte, una referencia de calor y, en parte, una referencia de combustible. La existencia de un riesgo de fuga de carbono en el sector de que se trata fue tomada en cuenta en el cálculo de tal asignación. El DEHSt denegó la asignación gratuita a ExxonMobil de los derechos de emisión adicionales que solicitó para las emisiones de proceso. Ese mismo día, el DEHSt revocó su decisión de asignación con efectos desde el 1 de enero de 2014 por el cese de actividades declarado por ExxonMobil. Esa revocación no ha sido impugnada.

14. ExxonMobil presentó una reclamación contra la decisión de asignación de 24 de febrero de 2014 que fue desestimada por el DEHSt el 12 de febrero de 2016.

15. De las indicaciones facilitadas por el DEHSt en su resolución de 12 de febrero de 2016 se desprende que la solicitud de asignación para emisiones de proceso se refería a las emisiones del CO<sub>2</sub> contenido de forma natural en el gas natural que se generaban al final del proceso desarrollado en los dispositivos Claus (en lo sucesivo, «proceso Claus»). El proceso Claus consiste en una reacción química exotérmica por medio de la cual el sulfuro de hidrógeno (H<sub>2</sub>S) se transforma en azufre elemental. El calor desprendido por esta reacción era captado por las calderas de recuperación antes de ser utilizado en la instalación. El uso de ese calor dio lugar a la asignación gratuita de derechos de emisión por aplicación de la referencia de calor. Al final del proceso Claus, el CO<sub>2</sub> inherente al gas natural era expulsado a través de una chimenea. Este proceso no generaba CO<sub>2</sub> adicional.

16. El DEHSt consideró que no era posible asignar de forma gratuita derechos de emisión a una «subinstalación con emisiones de proceso» en el sentido del artículo 2, punto 29, letra b), inciso ee), del ZuV 2020, que transpone al Derecho alemán el artículo 3, letra h), inciso v), de la Decisión 2011/78. A juicio del DEHSt, no concurría el requisito previsto en estas disposiciones en virtud del cual las emisiones deben derivarse de la utilización de una materia prima que contenga carbono. El DEHSt estimó que las emisiones del CO<sub>2</sub> presente de forma natural en el gas natural no eran resultado del proceso Claus, ya que ese CO<sub>2</sub> no intervenía ni era necesario para la reacción química característica del proceso Claus. Según el DEHSt, el H<sub>2</sub>S era la única materia prima utilizada para producir azufre, debiendo el CO<sub>2</sub> meramente considerarse un «gas asociado» al H<sub>2</sub>S.

17. El 10 de marzo de 2016, ExxonMobil interpuso recurso contra la resolución desestimatoria de su reclamación.

18. En su recurso describe, en primer lugar, las actividades de la instalación y recuerda que esta se utilizaba para el tratamiento del gas natural tras su extracción de los yacimientos. El gas natural extraído de esta manera, denominado gas ácido cuando se presenta en esta forma, contenía H<sub>2</sub>S, vapor de agua, metano (CH<sub>4</sub>) y CO<sub>2</sub>. Este gas era sometido a un proceso de desulfuración en la instalación y a continuación, tras su secado, se inyectaba en la red de suministro de gas. El H<sub>2</sub>S y el CO<sub>2</sub>, una vez separados del gas natural por medio del proceso de desulfuración, eran dirigidos a los dispositivos Claus, donde se transformaba el H<sub>2</sub>S en azufre mediante una reacción exotérmica en dos fases.

19. En la primera fase, aproximadamente un tercio del H<sub>2</sub>S se quemaba en un horno, y esta combustión producía dióxido de azufre (SO<sub>2</sub>). En el horno, el SO<sub>2</sub> ya reaccionaba parcialmente con el H<sub>2</sub>S produciendo azufre elemental y agua. Con objeto de mantener el procedimiento de oxidación y optimizar el proceso, se retiraba calor, en forma de vapor, a través de la caldera de recuperación. El H<sub>2</sub>S restante reaccionaba por catálisis con el SO<sub>2</sub> para generar azufre elemental.

20. Durante la segunda fase, se obtenía azufre adicional tras una reacción exotérmica en dos o tres etapas sucesivas de catálisis. El gas restante tras esta reacción, denominado «gas Claus», aún contenía, en particular, CO<sub>2</sub> y trazas de compuestos de sulfuro. Acto seguido, el gas Claus se transfería a los dispositivos de lavado de gases, conectados a continuación de los dispositivos Claus, donde se eliminaban los compuestos de sulfuro y el CO<sub>2</sub> se liberaba a la atmósfera a través de una chimenea.

21. A continuación, ExxonMobil reivindica un derecho a una asignación gratuita para una subinstalación con emisiones de proceso basándose en que tales emisiones de CO<sub>2</sub> eran resultado del uso de una materia prima que contiene carbono en forma de CO<sub>2</sub>. Según ExxonMobil, no es el H<sub>2</sub>S considerado aisladamente, sino el gas ácido el que constituía la materia prima utilizada para la producción de azufre. En caso de que no se utilizara este gas en el proceso Claus, el CO<sub>2</sub> inherente al gas natural no se liberaría a la atmósfera. Además, es necesario extraer el CO<sub>2</sub> del gas ácido, por medio de este proceso, para obtener azufre puro a partir de ese gas. Carece de relevancia que el CO<sub>2</sub> estuviera presente desde un primer momento en la materia prima y no interviniera en la reacción química antes descrita. Por lo demás, tales emisiones de CO<sub>2</sub> no podrían haberse evitado ni con un cambio de combustible ni con unas técnicas más eficaces.

22. ExxonMobil alega asimismo que la circunstancia de que los derechos de emisión hayan sido asignados gratuitamente aplicando la referencia de calor respecto al calor medible producido en la instalación como efecto colateral de la reacción química característica del proceso Claus no impide la asignación adicional solicitada. Si bien el Tribunal de Justicia declaró, en la sentencia *Borealis y otros*,<sup>6</sup> que la asignación sobre la base de una referencia de producto prevalece sobre los tres enfoques alternativos, en particular, las asignaciones sobre la base de la referencia de calor, de la referencia de combustible y de las emisiones de proceso, no existe ninguna jerarquía entre estos tres enfoques alternativos.

23. Por último, ExxonMobil subraya que el recurso del litigio principal constituye un «procedimiento-piloto» que debe permitir resolver las cuestiones relativas a la asignación gratuita de derechos de emisión para las emisiones de CO<sub>2</sub> en el marco del proceso Claus, que se desarrolla también en otras instalaciones que explota.

24. En su defensa, el DEHSt indicó, por vez primera, que la producción de azufre no es una actividad sujeta a la obligación de comercio de derechos de emisión. Añadió, también de forma novedosa, que la instalación ha de ser considerada un «generador de electricidad» puesto que en ella se produjo corriente que se vendió a terceros, después del 31 de diciembre de 2004 y en la misma solo se ejercía una actividad de combustión mencionada en el anexo 1, parte 2, puntos 1 a 4, de la TEHG. Según el DEHSt, la instalación solicitó y obtuvo una asignación destinada a los generadores de electricidad, que fue reducida al aplicar el factor lineal correspondiente a los mismos con arreglo al artículo 9, apartado 6, de la TEHG. Ahora bien, la asignación gratuita a los generadores de electricidad únicamente habría sido posible en caso de concurrencia de los requisitos establecidos en el artículo 10 *bis* de la Directiva 2003/87.

25. Por lo demás, el DEHSt reitera su tesis de que debe denegarse la asignación gratuita de derechos de emisión para una subinstalación con emisiones de proceso, y rechaza la alegación de ExxonMobil según la cual las emisiones en cuestión eran inevitables. El DEHSt invoca, además, la existencia de una jerarquía entre los elementos de asignación sobre la base de la referencia de calor, la referencia de combustible y las emisiones de proceso.

26. En este contexto, el Verwaltungsgericht Berlin (Tribunal de lo Contencioso-Administrativo de Berlín) estima, en primer lugar, que la resolución del litigio principal depende de determinar si la instalación ha de ser calificada de generador de electricidad en el sentido del artículo 3, letra u), de la Directiva 2003/87. Aunque a su juicio el tenor de la citada disposición parece imponer una respuesta afirmativa a esta cuestión, el órgano jurisdiccional remitente se pregunta si tal respuesta pudiera conferir a dicha disposición un alcance que fuera más allá del pretendido por el espíritu y la finalidad de esta Directiva.<sup>7</sup>

27. A continuación, el órgano jurisdiccional remitente señala que calificar a la instalación como generador de electricidad entrañaría, en principio, la ilegalidad de la asignación gratuita recibida. Así sería por cuanto los generadores de electricidad solo pueden obtener derechos de emisión gratuitos en los supuestos previstos en el artículo 10 *bis*, apartados 1, párrafo tercero, y 4 de la Directiva 2003/87, entre los cuales no figuran las emisiones de que se trata. Dicho órgano jurisdiccional se pregunta, sin embargo, acerca de la posibilidad de dejar de lado esta restricción basándose en la definición del concepto de «subinstalación con referencia de calor» que figura en el artículo 3, letra c), de la Decisión 2011/278, donde no se recoge semejante restricción.

<sup>6</sup> Sentencia de 8 de septiembre de 2016 (C-180/15, EU:C:2016:647).

<sup>7</sup> Véanse los puntos 59 y 62 a 64 de las presentes conclusiones.

28. Por último, dicho órgano jurisdiccional desea saber si las emisiones resultantes del proceso Claus pueden dar lugar a una asignación gratuita para una «subinstalación con emisiones de proceso» en el sentido del artículo 3, letra h), de la referida Decisión. Dado que el calor generado por este proceso también puede recibir una asignación por aplicación de la referencia de calor, se pregunta si alguno de estos dos tipos de asignación tiene prioridad sobre el otro.

29. A la vista de estas consideraciones, el Verwaltungsgericht Berlin (Tribunal de lo Contencioso-Administrativo de Berlín) decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

«1) ¿Es un generador de electricidad en el sentido del artículo 3, letra u), de la Directiva [2003/87] una instalación que fabrica un producto cuya fabricación no está comprendida entre las actividades mencionadas en el anexo I de dicha Directiva (en este caso, la fabricación de azufre) y en la cual se desarrolla al mismo tiempo la actividad de “combustión en instalaciones con una potencia térmica nominal total superior a 20 MW”, sujeta al comercio de derechos de emisión con arreglo al anexo I de la misma Directiva, cuando en un dispositivo accesorio de dicha instalación también se produce electricidad para esta última y una (pequeña) parte de la electricidad producida se entrega a título oneroso a la red eléctrica pública?

2) En caso de respuesta afirmativa a la primera cuestión:

Si la instalación descrita en la primera cuestión es un generador de electricidad en el sentido del artículo 3, letra u), de la Directiva [2003/87], ¿puede dicha instalación obtener una asignación por calor con arreglo a la Decisión [2011/278], aunque el calor reúna los requisitos del artículo 3, letra c), de dicha Decisión [2011/278] pero no esté comprendido en las categorías mencionadas en el artículo 10 *bis*, apartados 1, párrafo tercero, 3 y 4, de la Directiva [2003/87] (calor derivado de la combustión de gases residuales y utilizado para producir electricidad, calefacción urbana y cogeneración de alta eficiencia)?

3) En caso de que, conforme a la respuesta a las dos primeras cuestiones prejudiciales, se considere posible la asignación por el calor producido en la instalación de la recurrente:

¿El CO<sub>2</sub> liberado a la atmósfera en el tratamiento del gas natural (en forma de gas ácido) mediante el «proceso Claus», a través de la separación del CO<sub>2</sub> 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?

a) ¿Pueden las emisiones de CO<sub>2</sub> ser «resultado» —en el sentido del artículo 3, letra h), primera frase, de la Decisión [2011/278]— de un proceso en que el CO<sub>2</sub> 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 exige dicha disposición necesariamente que el CO<sub>2</sub> liberado a la atmósfera se produzca *ex novo* como resultado del proceso?

b) ¿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 dióxido de carbono inherente al gas natural, sin que dicho dióxido de carbono 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 incluso necesario para la misma?

4) En caso de respuesta afirmativa a la tercera cuestión:

Cuando una instalación sujeta al comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero reúne los requisitos materiales para constituir tanto una subinstalación con referencia de calor como una subinstalación con emisiones de proceso, ¿cuál será la referencia que se tome para la asignación gratuita de derechos de emisión? ¿Prevalece el derecho de asignación por la referencia de calor sobre el derecho de asignación por las emisiones de proceso? ¿O, en virtud del criterio de especialidad, el derecho de asignación por las emisiones de proceso prevalece sobre el derecho de asignación por referencia de calor y referencia de combustible?»

30. ExxonMobil, el Gobierno alemán y la Comisión presentaron observaciones escritas ante el Tribunal de Justicia y estuvieron representados en la vista que se celebró el 14 de noviembre de 2018.

## IV. Análisis

### A. Consideraciones preliminares

31. En la presente petición de decisión prejudicial se pregunta, en esencia, al Tribunal de Justicia si, y en su caso en qué medida, una instalación como la del litigio principal puede recibir una asignación gratuita de derechos conforme al artículo 10 *bis* de la Directiva 2003/87. Los elementos de hecho pertinentes que caracterizan la situación de esta instalación, sobre los que se basará mi análisis, pueden resumirse del siguiente modo.

32. Según se indica en la resolución de remisión,<sup>8</sup> en la instalación del litigio principal se ejercía, en particular, una actividad consistente en recuperar, mediante el proceso Claus, el azufre contenido, en forma de H<sub>2</sub>S, en el gas ácido extraído de los yacimientos.<sup>9</sup> Este proceso comenzaba con la combustión de una parte del gas ácido, que desencadenaba una reacción química generadora del calor que, acto seguido, se utilizaba en la instalación. En un dispositivo auxiliar, la instalación generaba electricidad.<sup>10</sup> Aunque la electricidad generada de esta forma se destinaba principalmente al abastecimiento propio, la instalación inyectaba de manera continua una pequeña parte en la red pública a cambio de una remuneración. Esta inyección de electricidad perseguía garantizar el suministro continuo de electricidad de la instalación. Por medio del proceso Claus, el CO<sub>2</sub> contenido de manera natural en el gas ácido era separado del H<sub>2</sub>S. Este CO<sub>2</sub> era liberado a la atmósfera después de pasar por los dispositivos Claus, así como por los dispositivos de lavado y —como se desprende de los autos remitidos al Tribunal de Justicia por el órgano jurisdiccional remitente y de las observaciones del Gobierno alemán, sin perjuicio de la comprobación que efectúe ese órgano jurisdiccional— los dispositivos de postcombustión conectados a continuación de estos. El proceso Claus no generaba CO<sub>2</sub> adicional.

8 El órgano jurisdiccional remitente ha expuesto las explicaciones aportadas tanto por ExxonMobil como por el DEHSt acerca del desarrollo del proceso Claus (véanse los puntos 15 a 20 de las presentes conclusiones), sin realizar por sí mismo una comprobación fáctica de cada aspecto de dicho proceso. Dado que tales explicaciones coinciden en gran medida, mi análisis se basará en esa presentación de los hechos. Esto se entiende sin perjuicio de la comprobación que efectúe ese órgano jurisdiccional nacional, que es el único competente para apreciar los hechos pertinentes [véase, en particular, la sentencia de 6 de marzo de 2018, SEGRO y Horváth (C-52/16 y C-113/16, EU:C:2018:157), apartado 98 y jurisprudencia citada].

9 El gas ácido introducido en los dispositivos Claus contenía, más en concreto, el H<sub>2</sub>S y el CO<sub>2</sub> separados por un proceso previo de desulfuración del gas natural extraído de los yacimientos a fin de poder ser inyectado en la red de gas. Así pues, el proceso Claus permitía, a la vez, deshacerse del H<sub>2</sub>S —gas corrosivo y tóxico— y generar un producto (a saber, azufre elemental) con valor comercial.

10 Según la información que figura en los autos remitidos por el órgano jurisdiccional remitente al Tribunal de Justicia, en las observaciones orales de ExxonMobil y en las observaciones escritas del Gobierno alemán, una parte del calor producido durante el proceso Claus servía para generar esa electricidad.

33. La instalación, al constituir una «subinstalación con referencia de calor» en el sentido del artículo 3, letra c), de la Decisión 2011/278, recibió derechos de emisión gratuitos para el calor medible producido en ese proceso.<sup>11</sup> Por el contrario, no se le asignaron los derechos de emisión gratuitos adicionales solicitados por «subinstalación con emisiones de proceso» en el sentido del artículo 3, letra h), de la Decisión 2011/278. ExxonMobil considera, en esencia, que la asignación calculada en función de la referencia de calor no basta para reflejar las emisiones inevitables del CO<sub>2</sub> que forma parte de la composición del gas ácido, por las que tuvo que entregar derechos de emisión.<sup>12</sup>

34. El recurso objeto del litigio principal se dirige contra la decisión por la que el DEHSt denegó esta solicitud. No obstante, los argumentos que este último invoca en su defensa suscitan igualmente dudas acerca de la legalidad de la asignación gratuita de los derechos de emisión concedidos a la instalación.

35. En este contexto, el órgano jurisdiccional remitente, mediante sus cuestiones prejudiciales primera y segunda, pregunta si la instalación, por haber vendido electricidad a la red pública, debe quedar privada de toda asignación gratuita de derechos de emisión. En caso de respuesta negativa, dicho órgano jurisdiccional plantea al Tribunal de Justicia las cuestiones prejudiciales tercera y cuarta para determinar si las emisiones del CO<sub>2</sub> presente de manera natural en el gas ácido pueden dar lugar a una asignación gratuita para una subinstalación con emisiones de proceso.

36. Tal como se señaló en las observaciones escritas y orales presentadas ante el Tribunal de Justicia, tanto los puntos controvertidos en el litigio principal como la utilidad de las respuestas a las cuestiones prejudiciales a efectos de resolver este litigio dependen principalmente de la aplicabilidad de la Directiva 2003/87 a las mencionadas emisiones.

37. A este respecto, la Comisión, que fue respaldada en la vista en este punto por ExxonMobil, aduce básicamente que las emisiones del CO<sub>2</sub> contenido de forma natural en el gas ácido, a las que se refiere la solicitud de derechos de emisión adicionales, no están incluidas en el ámbito de aplicación de esta Directiva. Por lo tanto, no deberían ser objeto de seguimiento ni notificación, ni dar lugar a la entrega de derechos de emisión, por lo que la asignación gratuita de derechos de emisión por tales emisiones está excluida desde un principio. En cambio, el Gobierno alemán considera, en esencia, que dado que el gas ácido sirvió como combustible en el marco de las actividades de la instalación, todo el CO<sub>2</sub> que compone ese combustible, liberado al término de dichas actividades, está sometido al régimen del comercio de derechos de emisión. Por las razones que se exponen aquí adelante, este último punto de vista me parece convincente.

### ***B. Sobre la aplicabilidad de la Directiva 2003/87 a las emisiones del CO<sub>2</sub> presente de forma natural en el gas ácido***

38. De conformidad con su artículo 2, apartado 1, la Directiva 2003/87 se aplica 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, entre los que se encuentra el CO<sub>2</sub>. El anexo I de la citada Directiva menciona, en particular, en su punto 6, la actividad de «combustión en instalaciones con una potencia térmica nominal total superior a 20 MW».

<sup>11</sup> Asimismo, se asignaron de manera gratuita derechos de emisión para una «subinstalación con referencia de combustible» en el sentido del artículo 3, letra d), de la Decisión 2011/278 para el calor no medible producido en el marco de actividades distintas de la recuperación de azufre mediante el proceso Claus.

<sup>12</sup> Con arreglo al artículo 12, apartado 3, de la Directiva 2003/87, el titular de una instalación sujeta a la obligación de comercio de derechos de emisión deberá entregar cada año un número de derechos de emisión equivalente a las emisiones totales de esa instalación durante el año natural anterior.

39. En el caso de autos, las emisiones del CO<sub>2</sub> contenido de forma natural en el gas ácido procedente de la instalación solo pueden estar comprendidas en el ámbito de aplicación de la Directiva 2003/87 en la medida en que sean resultado de una actividad de ese tipo. No se discute, en efecto, que la instalación no llevaba a cabo ninguna otra actividad enumerada en el anexo I de la Directiva, donde no se menciona ni la recuperación de azufre ni el tratamiento del gas natural.

40. El concepto de «combustión» que figura en el anexo I, punto 6, de la Directiva 2003/87 debe entenderse a la luz del artículo 3, letra t), de la misma Directiva. En este artículo se define el concepto de «combustión» como «toda oxidación de combustibles, cualquiera que sea el uso del calor o de la energía eléctrica o mecánica producidos por este proceso, y cualquier otra actividad directamente asociada, incluido el lavado de gases residuales».

41. A mi parecer, tal definición abarca la reacción de oxidación generadora de calor que experimenta el H<sub>2</sub>S durante el proceso Claus. Incluye asimismo el proceso de postcombustión de los gases procedentes de los dispositivos Claus, entre ellos el CO<sub>2</sub> presente de forma natural en el gas ácido, tal como se describe en los autos remitidos al Tribunal de Justicia por el órgano jurisdiccional remitente y en las observaciones del Gobierno alemán.

42. En la medida en que ese CO<sub>2</sub> se emitía después de pasar por los dispositivos Claus y, sin perjuicio de las comprobaciones que efectúe dicho órgano jurisdiccional, por los dispositivos de postcombustión en los que tenían lugar estos procesos, tales emisiones eran resultado, a mi juicio, de actividades de combustión en el sentido del anexo I, punto 6, de la Directiva 2003/87,<sup>13</sup> a la luz de su artículo 3, letra t).

43. Esta conclusión no queda desvirtuada, *en primer lugar*, por la circunstancia de que tales procesos solo contribuyeran de manera accesoria a generar energía puesto que su finalidad principal era recuperar el azufre contenido en ese gas antes de liberarlo a la atmósfera.

44. En este sentido, tal como ponen de manifiesto los trabajos preparatorios para la adopción de la Directiva 2009/29/CE,<sup>14</sup> por la que se introdujo el artículo 3, letra t), de la Directiva 2003/87, la introducción de este precepto perseguía consagrar una definición amplia del concepto de «combustión». Dicho concepto debía abarcar toda oxidación de combustibles, cualquiera que sea su objetivo, ya tenga como finalidad producir energía para terceros o forme parte de un proceso de producción dentro de la instalación en cuestión.<sup>15</sup>

<sup>13</sup> Está acreditado que, en el presente asunto, el umbral de capacidad previsto en esa disposición fue superado.

<sup>14</sup> Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, por la que se modifica la Directiva 2003/87/CE para perfeccionar y ampliar el régimen comunitario de comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero (DO 2009, L 140, p. 63).

<sup>15</sup> Véase el Commission staff working document, accompanying document to the proposal for a directive of the European Parliament and of the Council amending Directive 2003/87/EC so as to improve and extend the EU greenhouse gas emission allowance trading system, Impact assessment, 23 de enero de 2008, SEC(2007) 52 (en lo sucesivo, «evaluación de impacto»), pp. 17 a 23 y pp. 160 y 161. Véase también la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo 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, de 23 de enero de 2008, COM(2008) 16 final (en lo sucesivo, «Propuesta de la Comisión»), p. 4. La inserción de la definición del concepto de «combustión» tenía por objeto codificar la interpretación ya preconizada por la Comisión en su Comunicación, de 22 de diciembre de 2005, «Orientaciones complementarias para los planes de asignación del período 2008-2012 en el ámbito del régimen de comercio de derechos de emisión de la UE», COM(2005) 703 final, apartados 34 a 36 y anexo 8. Véase también, en este sentido, la sentencia de 28 de julio de 2016, Vattenfall Europe Generation (C-457/15, EU:C:2016:613), apartado 37.

45. El anexo I, punto 3, de la Directiva 2003/87 refleja el amplio alcance atribuido a ese concepto al establecer que las unidades en las que tienen lugar actividades de combustión incluyen, en particular, «todo tipo de calderas, quemadores, turbinas, calentadores, hornos, incineradores, calcinadores, cocedores, estufas, secadoras, motores, pilas de combustible, unidades de combustión con transportadores de oxígeno (*chemical looping*), antorchas y unidades de post-combustión térmicas o catalíticas». Algunos de estos dispositivos, en particular las antorchas y ciertas unidades de postcombustión, no tienen como finalidad el suministro de energía.<sup>16</sup>

46. *En segundo lugar*, las emisiones controvertidas no pueden ser excluidas del ámbito de aplicación de dicha Directiva por la circunstancia de que el CO<sub>2</sub> emitido a la atmósfera, al estar ya contenido en el gas ácido desde la extracción del mismo, no sea en sí mismo resultado de una reacción de oxidación provocada durante las actividades de la instalación.<sup>17</sup>

47. En efecto, el artículo 3, letra t), de la Directiva 2003/87 no limita el concepto de «combustión» a las reacciones de oxidación que generan un gas de efecto invernadero enumerado en el anexo II de la misma Directiva. Es suficiente, conforme al tenor de esta disposición, con que cualquier componente del combustible se oxide. Del mismo modo, el artículo 2, apartado 1, de la referida Directiva no supedita la aplicabilidad de la Directiva al requisito de que el CO<sub>2</sub> emitido sea generado él mismo por una de las actividades enumeradas en el anexo I. Son solo las *emisiones* de ese gas de efecto invernadero las que han de ser generadas por tales actividades, y no el gas en sí mismo.<sup>18</sup>

48. Como recalcó el Gobierno alemán, en esta interpretación descansa el artículo 48, apartado 1, del Reglamento (UE) n.º 601/2012 de la Comisión sobre el seguimiento y la notificación de las emisiones de gases de efecto invernadero en aplicación de la Directiva 2003/87.<sup>19</sup> En virtud de esa disposición, las emisiones de «CO<sub>2</sub> inherente» —definido en el artículo 3, punto 40, del referido Reglamento como el «CO<sub>2</sub> que forma parte de un combustible»— deben computarse en el factor de emisión del combustible correspondiente. El artículo 48, apartado 1, del mismo Reglamento alude además al CO<sub>2</sub> inherente contenido en el gas natural.

49. En esta línea, la Comisión, en un documento titulado «Frequently Asked Questions Regarding Monitoring and Reporting in the EU ETS»,<sup>20</sup> indica que las emisiones de CO<sub>2</sub> relacionadas con el tratamiento de gas natural están sujetas a las obligaciones derivadas del régimen del comercio de derechos de emisión siempre que el CO<sub>2</sub> emitido sea introducido, en cualquier momento de los procesos de purificación, en un proceso de combustión. Estas emisiones deben, pues, ser objeto de

16 Véase el documento de la Comisión «Guidance on interpretation of Annex I of the EU ETS Directive (excl. aviation activities)», de 18 de marzo de 2010, disponible en la dirección [https://ec.europa.eu/clima/sites/clima/files/ets/docs/guidance\\_interpretation\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/clima/sites/clima/files/ets/docs/guidance_interpretation_en.pdf), pp. 8 y 9.

17 Por lo demás, cabe recordar que el calor desprendido durante el proceso Claus se generaba por una reacción química que no producía CO<sub>2</sub>. Solo el CO<sub>2</sub> integrante de la composición del gas ácido era liberado al final de ese proceso. Si tales emisiones estuvieran excluidas del ámbito de aplicación de esta Directiva por la presencia natural del CO<sub>2</sub> emitido en el gas ácido, estarían igualmente excluidas por cuanto ese proceso había producido el calor utilizado en la instalación.

18 Cabe señalar que, si bien ciertas versiones lingüísticas del artículo 2, apartado 1, de la Directiva 2003/87, como la francesa y la española, emplean la expresión «generadas por las actividades» o formulaciones comparables, otras versiones, entre ellas la inglesa, la danesa, la italiana y la neerlandesa, utilizan una expresión equivalente a «procedentes de las actividades». La interpretación según la cual la Directiva 2003/87 se aplica a las emisiones del CO<sub>2</sub> presente de forma natural en el combustible gaseoso que interviene al final de una actividad de combustión, además de ser compatible con todas esas versiones lingüísticas, está corroborada por la finalidad de la referida Directiva. En virtud de su artículo 1, el objetivo de la Directiva consiste en «fomentar reducciones de las emisiones de estos gases de una forma eficaz en relación con el coste y económicamente eficiente». El considerando 8 de la Directiva subraya la necesidad de tener en cuenta el potencial de reducción de las emisiones de los procesos industriales. Habida cuenta de esta finalidad, como ha observado el Gobierno alemán, debe fomentarse el uso de combustibles con un contenido bajo de CO<sub>2</sub>, ya que ello contribuye a reducir las emisiones de CO<sub>2</sub>. La circunstancia, invocada por ExxonMobil en la vista, de que no siempre es posible conocer, desde su extracción, la composición del gas ácido, que en el caso de autos sirve como combustible, no pone en cuestión este principio.

19 Reglamento de 21 de junio de 2012 (DO 2012, L 181, p. 30). Véase, en lo que respecta al método de seguimiento de las emisiones procedentes de procesos de combustión que tengan lugar en las terminales de transformación de gas, el anexo IV, apartado 1, letra B), párrafo tercero, del Reglamento n.º 601/2012.

20 El mencionado documento, en su versión de 16 de diciembre de 2013, está disponible en la dirección [https://ec.europa.eu/clima/sites/clima/files/ets/monitoring/docs/faq\\_mmr\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/clima/sites/clima/files/ets/monitoring/docs/faq_mmr_en.pdf) (véase p. 14).

notificación y seguimiento como emisiones de CO<sub>2</sub> inherente con arreglo al artículo 48 del Reglamento n.º 601/2012. La Comisión menciona como ejemplo los dispositivos Claus.<sup>21</sup> Aunque este documento no es vinculante, las indicaciones que contiene ofrecen, a mi juicio, un contexto que puede aclarar la interpretación de la Directiva 2003/87 y del Reglamento n.º 601/2012.<sup>22</sup>

50. Por las consideraciones expuestas, estimo que las emisiones del CO<sub>2</sub> presente de forma natural en el gas ácido que tienen lugar al final del proceso Claus, como las del litigio principal, son generadas por una actividad de «combustión» en el sentido del anexo I, punto 6, en relación con el artículo 3, letra t), de la Directiva 2003/87. Por tanto, estas emisiones están incluidas en el ámbito de aplicación de la citada Directiva, tal como se delimita en su artículo 2, apartado 1.

### ***C. Sobre el concepto de «generador de electricidad» (primera cuestión prejudicial)***

51. Mediante su primera cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente solicita que se determine si la instalación constituye un «generador de electricidad», en el sentido del artículo 3, letra u), de la Directiva 2003/87, en la medida en que ha generado electricidad en el marco de su actividad de «combustión en instalaciones con una potencia térmica nominal total superior a 20 [megavatios (MW)]» en el sentido del anexo I, punto 6, de tal Directiva. Este órgano jurisdiccional pregunta, más en concreto, si así ocurre en unas circunstancias en las que, en primer lugar, la instalación se dedicaba al mismo tiempo a la producción de un producto no incluido en ninguna otra actividad recogida en dicho anexo y, en segundo lugar, la electricidad generada era utilizada para las necesidades propias de la instalación, y solo una pequeña parte de ella era inyectada, a cambio de una remuneración, en la red pública, a la que la instalación debía estar conectada de manera permanente por motivos técnicos.

52. Tras analizar el tenor y los objetivos del artículo 3, letra u), de la Directiva 2003/87, así como la sistemática general de esta Directiva y los antecedentes de la adopción de ese precepto,<sup>23</sup> propondré al Tribunal de Justicia dar una respuesta afirmativa a esta cuestión prejudicial.

#### ***1. Interpretación literal***

53. A tenor del artículo 3, letra u), de la Directiva 2003/87, la condición de generador de electricidad requiere, en primer lugar, que la instalación de que se trate, «a partir del 1 de enero de 2005, haya producido electricidad para venderla a terceros». En segundo lugar, es preciso que no se realice en dicha instalación «ninguna actividad del anexo I, con excepción de la de “combustión de combustibles”».

54. Interpretado literalmente, el segundo criterio establecido en el artículo 3, letra u), de la Directiva 2003/87 se cumple, por definición, en la situación a la que alude la primera cuestión prejudicial, que se refiere a una instalación que únicamente ejerce, aparte de una actividad de combustión, una actividad no enumerada en el anexo I de la citada Directiva.

<sup>21</sup> La Comisión precisa: «[T]he H<sub>2</sub>S enriched gas flow may still contain a significant concentration of CO<sub>2</sub>. If this gas flow is also fed into a combustion unit (e.g. CLAUS unit), this CO<sub>2</sub> needs to be monitored and reported as well.»

<sup>22</sup> Véase, por analogía, la sentencia de 18 de enero de 2018, INEOS (C-58/17, EU:C:2018:19), apartado 41.

<sup>23</sup> Con respecto a los elementos que han de tenerse en cuenta para interpretar el Derecho de la Unión, véase la sentencia de 10 de diciembre de 2018, Wightman y otros (C-621/18, EU:C:2018:999), apartado 47 y jurisprudencia citada.

55. Tal como subrayó el Gobierno alemán, esta interpretación coincide con la adoptada en un documento publicado por la Comisión que lleva por título «Guidance paper to identify electricity generators» (en lo sucesivo, «documento orientativo para la identificación de los generadores de electricidad»).<sup>24</sup> En dicho documento se afirma que una instalación que ejerce, además de una actividad de combustión, una actividad que no figure en dicho anexo cumple el mencionado criterio. Esto es así incluso cuando la electricidad se genera para el consumo propio de la instalación con el fin de ejercer esta última actividad. Ese documento, aunque no es vinculante, ofrece indicaciones que pueden aclarar el significado del concepto de «generador de electricidad» a la luz de la sistemática general de la Directiva 2003/87 y de la Decisión 2011/278.<sup>25</sup>

56. En lo que atañe al primer criterio establecido en el artículo 3, letra u), de la citada Directiva, la expresión «para venderla a terceros» puede dar a entender, como ha señalado ExxonMobil, que la electricidad no debe simplemente *venderse a terceros* sino que ha de *generarse con el fin de efectuar tal venta*. Ahora bien, cualquiera que sea el enfoque que se adopte sobre esta cuestión, ningún elemento del tenor de esta disposición indica que la venta a terceros deba constituir el fin exclusivo, o al menos el fin principal, de la generación de la electricidad. Por consiguiente, a la luz de este tenor, como sostienen el Gobierno alemán y la Comisión, dicho criterio se cumple cuando, como sucede en el presente asunto, una instalación genera electricidad para su propio abastecimiento así como con la intención de inyectar en la red parte de ella, aunque sea ínfima, a cambio de una remuneración.

57. Esta interpretación se desprende asimismo del documento orientativo para la identificación de los generadores de electricidad, que indica que el artículo 3, letra u), de la Directiva 2003/87 no prevé ningún umbral de ventas que tenga que superarse para que una instalación pueda tener la condición de generador de electricidad. Conforme al citado documento, dicha condición no está tampoco supeditada al requisito de que la electricidad sea generada con intención de venderla a terceros.<sup>26</sup>

58. Debo añadir que esta disposición no impone ninguna exigencia relativa a la continuidad de la producción de electricidad y la venta de la electricidad generada de esta forma. Establece una norma clara en virtud de la cual la condición de generador de electricidad se adquiere siempre que la instalación genere electricidad para venderla a terceros en cualquier momento a partir del 1 de enero de 2005, con independencia de las fluctuaciones que tengan lugar a lo largo del tiempo en la relación entre la cantidad de electricidad vendida y la generada para las necesidades propias de la instalación.

59. Por consiguiente, según la interpretación literal del artículo 3, letra u), de la Directiva 2003/87, una instalación como la que es objeto del litigio principal tiene la condición de generador de electricidad. No obstante, el órgano jurisdiccional remitente se pregunta si, como sostiene ExxonMobil, tal interpretación pudiera dar lugar a una ampliación del círculo de generadores de electricidad más allá de las instalaciones a las que el legislador pretendió atribuir tal condición. En tal caso, dicha interpretación excedería de lo necesario para realizar el objetivo perseguido por esa disposición.

24 El mencionado documento, de 18 de marzo de 2010, puede consultarse en la dirección [https://ec.europa.eu/clima/sites/clima/files/ets/docs/guidance\\_electricity\\_generators\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/clima/sites/clima/files/ets/docs/guidance_electricity_generators_en.pdf) (véase p. 4, puntos 8 y 9).

25 Véase, por analogía, la sentencia de 18 de enero de 2018, INEOS (C-58/17, EU:C:2018:19), apartado 41. Sobre el estatuto del documento orientativo para la identificación de los generadores de electricidad y otros documentos orientativos relativos al período de comercio 2013-2020, véase, en particular, el documento de la Comisión «Guidance document n° 1 on the harmonized free allocation methodology for the EU-ETS post 2012», de 14 de abril de 2011, disponible en la dirección [https://ec.europa.eu/clima/sites/clima/files/ets/allowances/docs/gd1\\_general\\_guidance\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/clima/sites/clima/files/ets/allowances/docs/gd1_general_guidance_en.pdf), pp. 3 y 4.

26 Documento orientativo para la identificación de los generadores de electricidad, p. 4, apartado 10.

## 2. Interpretación teleológica y contextual

60. Según se desprende, en particular, del artículo 10 *bis*, apartado 3, de la Directiva 2003/87, la condición de generador de electricidad de una instalación tiene como consecuencia que esta quede sujeta al principio de la venta completa en subasta de los derechos de emisión.<sup>27</sup> En efecto, solo pueden asignarse gratuitamente derechos de emisión a los generadores de electricidad en determinadas circunstancias, cuya determinación más precisa constituye el objeto de la segunda cuestión prejudicial.<sup>28</sup>

61. A este respecto, ExxonMobil recalca acertadamente que el considerando 19 de la Directiva 2009/29, por la que se introdujeron los artículos 3, letra u), y 10 *bis*, de la Directiva 2003/87, pone de manifiesto que la restricción de la asignación gratuita se estableció tras detectarse la tendencia de las instalaciones del «sector eléctrico» a repercutir los costes asociados a la adquisición de derechos de emisión en los precios de la electricidad. Tales instalaciones, además, habían incorporado a dichos precios el valor económico de los derechos de emisión gratuitos como «costes de oportunidad», obteniendo así «ganancias inmerecidas».<sup>29</sup>

62. Según ExxonMobil, para apreciar si una instalación tiene la condición de generador de electricidad es preciso, pues, tener en cuenta su capacidad para repercutir los costes del CO<sub>2</sub> en los clientes. Pues bien, la instalación de que se trata en el litigio principal no dispone de esa capacidad. En este mismo sentido, el órgano jurisdiccional remitente se inclina por pensar que el legislador, al introducir las citadas disposiciones, se refería únicamente a las instalaciones pertenecientes al «sector eléctrico clásico»,<sup>30</sup> entre las que no se encuentra la instalación del litigio principal.

63. En este sentido, el órgano jurisdiccional remitente se inclina por sumarse a la tesis de ExxonMobil según la cual el *segundo criterio* enunciado en el artículo 3, letra u), de la Directiva 2003/87 exige que la instalación no se dedique a ninguna actividad —figure o no en el anexo I de tal Directiva— distinta de una actividad de combustión.<sup>31</sup> Según esta lectura, el concepto de «generador de electricidad» no comprende las instalaciones que, además de la actividad de combustión, ejercen otra no contemplada en tal anexo —como, en el caso de autos, la recuperación de azufre.

64. Por otra parte, el órgano jurisdiccional remitente alberga dudas sobre si, como sostiene ExxonMobil, el *primer criterio* previsto en la mencionada disposición implica que la electricidad producida se destine «principalmente» a la venta a terceros. Estima que no sucede así en el caso de autos, puesto que la electricidad se generaba para el abastecimiento propio de la instalación, y el suministro de una cantidad mínima de electricidad a la red pública obedecía únicamente a motivos técnicos.

<sup>27</sup> Véase el considerando 19 de la Directiva 2009/29.

<sup>28</sup> Véanse los puntos 88 a 98 de las presentes conclusiones. Además, la cantidad anual total definitiva de derechos de emisión asignados gratuitamente a los generadores de electricidad se calcula de forma distinta de la cantidad asignada a las demás instalaciones (véase el artículo 10, apartado 9, de la Decisión 2011/278). Véase, a estos efectos, la sentencia de 28 de abril de 2016, Borealis Polyolefine y otros (C-191/14, C-192/14, C-295/14, C-389/14 y C-391/14 a C-393/14, EU:C:2016:311), apartado 71.

<sup>29</sup> Véase la Propuesta de la Comisión, p. 9. Véase también la sentencia de 17 de octubre de 2013, Iberdrola y otros (C-566/11, C-567/11, C-580/11, C-591/11, C-620/11 y C-640/11, EU:C:2013:660), apartados 33 a 36 y 40.

<sup>30</sup> El órgano jurisdiccional remitente cita el considerando 31 de la Decisión 2011/278, en el que se menciona la capacidad del «sector eléctrico» para «repercutir el aumento del coste del [CO<sub>2</sub>]».

<sup>31</sup> El órgano jurisdiccional remitente señala que el tenor de la disposición de Derecho alemán por la que se transpone el artículo 3, letra u), de la Directiva 2003/87 se basa en esta interpretación (véase el punto 9 de las presentes conclusiones).

65. ExxonMobil precisó, en este sentido, que esa inyección de electricidad pretendía sincronizar la frecuencia y la tensión de la corriente eléctrica interna y de la procedente de la red. Sin esa sincronización, la transición de un funcionamiento autónomo a un funcionamiento en red, necesaria para garantizar la alimentación continua de la instalación, podría haber venido acompañada de oscilaciones de frecuencia o de tensión que ocasionaran daños. El balance de energía eléctrica que consta en la resolución de remisión pone de manifiesto el carácter marginal de la venta de electricidad a terceros.

66. A mi parecer, no carece de fundamento la alegación de que las instalaciones que han vendido a terceros una parte de la electricidad que han generado principalmente para las necesidades de sus actividades no incluidas en el anexo I de la Directiva 2003/87 no se encuentran siempre en condiciones de recuperar de esos terceros una parte significativa de los costes de los derechos de emisión que han tenido que entregar. Esta posibilidad depende, a mi parecer, al menos en parte, de la proporción de la electricidad suministrada a terceros en relación con la totalidad de la electricidad y el calor generado en la instalación. No cabe excluir que algunas de esas instalaciones, por el carácter marginal de la venta de electricidad a terceros frente a su producción total de electricidad y calor, en particular en caso de que el suministro de electricidad a terceros obedezca a razones técnicas,<sup>32</sup> no hayan podido repercutir en los precios de venta una parte sustancial del coste del CO<sub>2</sub> correspondiente a sus actividades.

67. Sin embargo, por los motivos que se exponen más adelante, estas consideraciones no justifican una interpretación que se aparte del tenor literal del artículo 3, letra u), de la Directiva 2003/87.

68. *En primer lugar*, como subrayó la Comisión, tal disposición ha de entenderse a la luz de la sistemática general y la finalidad global de la Directiva 2003/87, y en particular del régimen de asignación gratuita de derechos de emisión previsto en su artículo 10 *bis*.

69. A este respecto, debo observar, en primer lugar, que dicho régimen constituye una excepción al principio de la venta en subasta de los derechos de emisión,<sup>33</sup> que el legislador considera como «el sistema más sencillo y, en general, [...] más eficiente desde el punto de vista económico»<sup>34</sup>, a la vista del objetivo de «fomentar reducciones de las emisiones de estos gases de una forma eficaz en relación con el coste y económicamente eficiente» que se enuncia en el artículo 1 de la Directiva 2003/87. Esta excepción no es más que una solución transitoria destinada a evitar la pérdida de competitividad de las empresas a la espera de un sistema de venta completa en subasta de los derechos de emisión.<sup>35</sup> Así, a partir del año 2013, la cantidad de derechos de emisión asignados gratuitamente disminuye cada año, con vistas a su desaparición, prevista inicialmente para 2027.<sup>36</sup> De manera paralela a este proceso, toda restricción a la asignación de derechos de emisión gratuitos coadyuva en la realización progresiva del sistema de venta completa en subasta de los derechos de emisión que el legislador ha pretendido establecer. Como ha alegado la Comisión, esta consideración aboga en favor de una interpretación amplia de las disposiciones que limitan la asignación gratuita, entre ellas el artículo 3, letra u), de la citada Directiva, donde se define el concepto de «generador de electricidad».

32 Ha de entenderse que, en una situación como la del litigio principal, lo que obedece a razones técnicas no es el suministro de electricidad a título oneroso, sino la conexión a la red eléctrica pública. Ninguna razón técnica impedía que la instalación suministrara gratuitamente a la red la mínima cantidad de electricidad de que se trata. No obstante, la condición de generador de electricidad de una instalación se aprecia a la luz de la electricidad producida para la venta a terceros a partir del 1 de enero de 2005 —varios años antes de la promulgación de la Directiva 2009/29. Las instalaciones en cuestión no pudieron, pues, anticipar la adopción de esta regulación renunciando, si lo estimaban conveniente para ellas, a la remuneración por la electricidad suministrada a terceros a fin de obtener una mayor cantidad de derechos de emisión gratuitos.

33 Véase el artículo 10, apartado 1, de la Directiva 2003/87.

34 Véase el considerando 15 de la Directiva 2009/29.

35 Véase la sentencia de 12 de abril de 2018, PPC Power (C-302/17, EU:C:2018:245), apartado 20 y jurisprudencia citada.

36 Artículo 10 *bis*, apartado 11, de la Directiva 2003/87. No obstante, el principio de la supresión total de las asignaciones gratuitas de derechos de aquí a 2027 se ha puesto en cuestión por las modificaciones en los artículos 10 *bis* y 10 *ter* de la Directiva 2003/87 por el artículo 1, puntos 14, letra k), y 15 de la Directiva 2018/410.

70. En segundo lugar, la delimitación del círculo de generadores de electricidad presenta, en virtud del artículo 10 *bis* de la Directiva 2003/87, una importancia decisiva a efectos de calcular la asignación gratuita, de la que disfrutaban no solo las instalaciones incluidas en ese círculo, sino también las demás instalaciones (denominadas, por simplificar, «instalaciones industriales»<sup>37</sup>). Tal como destacó el Gobierno alemán, dicha delimitación influye en el cálculo por la Comisión del factor de corrección uniforme intersectorial, que al ser aplicado a la asignación anual preliminar de derechos de emisión gratuitos para cada instalación industrial determina la asignación anual definitiva que se le concede.<sup>38</sup> Esta constatación reafirma la necesidad de unas normas claras que permitan identificar con un grado suficiente de certeza y previsibilidad las instalaciones que encajan en la definición prevista en el artículo 3, letra u), de la Directiva 2003/87.

71. Pues bien, como señaló la Comisión, hacer depender la condición de generador de electricidad de la falta de ejercicio de actividades distintas de la producción de electricidad o de un criterio en virtud del cual la venta a terceros ha de constituir el «fin principal» de la producción de electricidad introduciría incertidumbre en la verificación de dicha condición. En particular, como indicó asimismo el Gobierno alemán, ese enfoque generaría confusión a falta de umbrales preestablecidos por el legislador que permitan distinguir la finalidad principal y la finalidad accesoria de la producción de electricidad e identificar de este modo las instalaciones pertenecientes al «sector eléctrico clásico».<sup>39</sup>

72. *En segundo lugar*, la interpretación literal del artículo 3, letra u), de la Directiva 2003/87 no impide que sea conforme con las normas de Derecho primario y, en particular, con el principio general de igualdad de trato.<sup>40</sup>

73. El órgano jurisdiccional remitente y ExxonMobil han aducido, a este respecto, que esa interpretación conduce a dispensar un trato diferente, por una parte, a las instalaciones que ejercen una actividad de combustión y otra actividad enumerada en el anexo I de la mencionada Directiva, y, por otra parte, a las que ejercen, además de una actividad de combustión, otra no recogida en dicho anexo. A mi parecer, tal diferencia de trato, en contra de lo que sostiene ExxonMobil, no es discriminatoria.

74. En principio, estas dos categorías de instalaciones no se encuentran, en mi opinión, en situaciones objetivamente comparables conforme a los principios que rigen la aplicabilidad del régimen del comercio de derechos de emisión. Como indicó la Comisión, las instalaciones de la segunda categoría solo están sometidas al mencionado régimen por las emisiones resultantes de sus actividades de combustión. En cambio, las instalaciones de la primera categoría están sujetas a ese régimen por todas sus emisiones, procedan o no de una actividad de combustión.

37 Véase la sentencia de 28 de abril de 2016, Borealis Polyolefine y otros (C-191/14, C-192/14, C-295/14, C-389/14 y C-391/14 a C-393/14, EU:C:2016:311), apartado 70.

38 Véanse el artículo 10 *bis*, apartado 5, de la Directiva 2003/87 y el artículo 10, apartado 9, párrafo primero, de la Decisión 2011/278. En virtud del artículo 15, apartado 3, de la referida Decisión, el factor de corrección uniforme intersectorial resulta de una comparación entre, por una parte, la cantidad total de derechos de emisión asignados de forma preliminar a las instalaciones industriales en toda la Unión, y, por otra parte, la cantidad máxima anual de derechos de emisión gratuitos disponibles para tales instalaciones, calculada de conformidad con el artículo 10 *bis*, apartado 5, de la Directiva 2003/87. Este mecanismo se describe en la sentencia de 28 de abril de 2016, Borealis Polyolefine y otros (C-191/14, C-192/14, C-295/14, C-389/14 y C-391/14 a C-393/14, EU:C:2016:311), apartados 60 y ss.

39 Esta conclusión no queda desvirtuada por el principio, enunciado en el documento orientativo para la identificación de los generadores de electricidad (p. 5, apartado 11), según el cual, a fin de evitar investigaciones demasiado onerosas y complejas, un Estado miembro debe presumir que no ha tenido lugar ninguna venta de electricidad si el consumo eléctrico total de la instalación supera su generación de electricidad total en un año cualquiera. Este principio, que por otra parte no es vinculante, todo lo más persigue establecer una presunción simple que quedará destruida si se demuestra que la instalación ha vendido electricidad a terceros.

40 Según reiterada jurisprudencia, un acto de la Unión debe interpretarse, en la medida de lo posible, de un modo que no cuestione su validez y de conformidad con el conjunto del Derecho primario. Véanse, en particular, las sentencias de 10 de septiembre de 1996, Comisión/Alemania (C-61/94, EU:C:1996:313), apartado 52; de 16 de septiembre de 2010, Chatzi (C-149/10, EU:C:2010:534), apartado 43, y de 15 de febrero de 2016, N. (C-601/15 PPU, EU:C:2016:84), apartado 48.

75. A este respecto, de los trabajos preparatorios de la adopción de la Directiva 2009/29 se desprende que la indicación de actividades distintas de la «combustión de combustibles» en el anexo I de la Directiva 2003/87 pretende incluir en su ámbito de aplicación determinadas emisiones, denominadas «emisiones de proceso», que no se derivan de un proceso de «combustión» —aun definiendo este concepto de manera amplia— sino de ciertos procesos industriales.<sup>41</sup> El legislador eligió las actividades específicas que ahí se enumeran por la importancia de las emisiones de proceso que entrañan.<sup>42</sup>

76. En todo caso, aun suponiendo que la situación de una instalación como la del litigio principal fuera objetivamente comparable a la de una instalación que ejerce, además de la actividad de combustión, una actividad recogida en el anexo I de la Directiva 2003/87,<sup>43</sup> la diferencia de trato entre estas instalaciones me parece justificada.

77. Como el Tribunal de Justicia ya ha declarado,<sup>44</sup> el legislador dispone de una amplia facultad de apreciación cuando ha de crear y reestructurar un «sistema complejo» que implique tomar decisiones de naturaleza política, económica y social basadas en apreciaciones y evaluaciones complejas, como es el caso del régimen del comercio de derechos de emisión. Puede recurrir, en tal caso, a un enfoque por etapas y proceder en función de la experiencia adquirida. Como se desprende de la sentencia Arcelor Atlantique y Lorraine y otros,<sup>45</sup> esta elección debe no obstante estar basada en criterios objetivos y apropiados en relación con la finalidad perseguida y no ha de producir resultados manifiestamente menos adecuados que los derivados de otras medidas igualmente apropiadas.

78. La restricción de la asignación gratuita a los generadores de electricidad obedece, precisamente, a un enfoque por etapas con la finalidad de realizar de manera progresiva el sistema de venta completa en subasta de los derechos de emisión gratuitos. En este contexto, el legislador decidió que los generadores de electricidad debían estar sujetos al principio de la venta completa en subasta de los derechos de emisión desde el año 2013, habida cuenta de la constatación objetiva según la cual los costes del CO<sub>2</sub> correspondientes a sus actividades pueden, por lo general, repercutirse en los precios de la electricidad. Asimismo, estimó necesario delimitar el círculo de generadores de electricidad mediante criterios claramente definidos, habida cuenta, en particular, de la importancia estructural de tal delimitación para la arquitectura del régimen de asignación gratuita.<sup>46</sup>

41 Véase la Propuesta de la Comisión, p. 4, y la evaluación de impacto, pp. 18 a 23, así como pp. 160 y 161. Véase, asimismo, el documento de la Comisión «Guidance on interpretation of Annex I of the EU ETS Directive (excl. aviation activities)», de 18 de marzo de 2010, disponible en la dirección [https://ec.europa.eu/clima/sites/clima/files/ets/docs/guidance\\_interpretation\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/clima/sites/clima/files/ets/docs/guidance_interpretation_en.pdf), p. 11.

42 Véase la evaluación de impacto, p. 21, así como pp. 35 y 36. El legislador no estimó necesario definir el concepto de «emisiones de proceso» en la Directiva 2003/87, ya que esta se aplica a todas las emisiones resultantes de las actividades específicas enumeradas en el anexo I, con independencia de que se deriven de procesos de combustión o de otros procesos industriales. Dicho concepto es definido, en cambio, en el artículo 3, punto 30, del Reglamento n.º 601/2012 como 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 [...]». A fin de evitar toda confusión en este tema, procede observar que los conceptos de «emisiones de proceso» en el sentido del artículo 3, punto 30, del Reglamento n.º 601/2012 y de «subinstalación con emisiones de proceso» en el sentido del artículo 3, letra h), de la Decisión 2011/278 solo se solapan parcialmente. Las «emisiones de proceso» están, en gran parte, cubiertas por las referencias de producto previstas en el anexo I de la referida Decisión, aplicables a las «subinstalaciones con referencias de producto» que se definen en el artículo 3, letra b).

43 Así, con mi análisis no se prejuzga la cuestión de si las emisiones de CO<sub>2</sub> inherente que resultan de una actividad de combustión, como las del litigio principal, pueden constituir «emisiones de proceso» en el sentido del artículo 3, punto 30, del Reglamento n.º 601/2012 y atribuirse a una «subinstalación con emisiones de proceso» conforme al artículo 3, letra h), de la Decisión 2011/278. Este problema es objeto de las cuestiones prejudiciales tercera y cuarta, que las presentes conclusiones no abordan.

44 Sentencias de 16 de diciembre de 2008, Arcelor Atlantique y Lorraine y otros (C-127/07, EU:C:2008:728), apartados 57, 60 y 61, y de 21 de junio de 2018, Polonia/Parlamento y Consejo (C-5/16, EU:C:2018:483), apartados 112 y 125.

45 Sentencia de 16 de diciembre de 2008 (C-127/07, EU:C:2008:728), apartados 58, 59 y 63.

46 Véase el punto 70 de las presentes conclusiones.

79. En mi opinión, la interpretación literal del artículo 3, letra u), de la Directiva 2003/87 no conduce a la conclusión de que el legislador rebasó el margen de apreciación del que disponía al definir el concepto de «generador de electricidad» conforme a los criterios ahí enunciados a fin de realizar esos objetivos. Esto es así aun cuando ciertas instalaciones que se ajustan a esta definición, consideradas de forma individual, no hayan podido, en su caso, recuperar de los clientes una parte significativa de los costes de los derechos de emisión correspondientes a sus actividades.<sup>47</sup>

80. La proporcionalidad de esta decisión legislativa queda de manifiesto también por cuanto la condición de generador de electricidad no priva a las instalaciones en cuestión de toda asignación gratuita de derechos de emisión, pues siguen pudiendo disfrutar de tales asignaciones en determinadas condiciones que persiguen fomentar una mayor eficiencia energética.<sup>48</sup>

81. Por otra parte, no comparto el argumento de ExxonMobil de que considerar como generadores de electricidad a las instalaciones que producen, con carácter accesorio, electricidad para los fines de su actividad productiva principal no recogida en el anexo I de la Directiva 2003/87 supondría discriminarlas frente a las que obtienen de terceros la electricidad necesaria a tal efecto. En contra de este argumento, basta con señalar que las instalaciones que producen su propia electricidad para los fines de una actividad suya no enumerada en el mencionado anexo no adquieren, por este solo hecho, la condición de generadores de electricidad. Es preciso, además, que vendan una parte de esa electricidad a terceros, lo que constituye un criterio objetivo y no discriminatorio.

82. *En tercer lugar*, en contra de lo que sostiene ExxonMobil, la calificación como generador de electricidad de una instalación como la del litigio principal no puede quedar invalidada por la supuesta contradicción entre dicha calificación y la inclusión del sector de la extracción de gas natural en la lista de los sectores y subsectores expuestos a un riesgo significativo de fuga de carbono,<sup>49</sup> que figura en el anexo de la Decisión 2010/2/UE.<sup>50</sup> Según ExxonMobil, la instalación no pertenece al sector eléctrico, el cual, por su capacidad de repercutir el coste de los derechos de emisión en los clientes, no está expuesto a distorsiones de la competencia por la aplicación del régimen del comercio de derechos de emisión. El sector al que pertenece —la extracción de gas natural— se caracteriza, en cambio, por presentar tales distorsiones junto con un riesgo significativo de fugas de carbono como consecuencia de su incapacidad de repercutir los costes del CO<sub>2</sub> en los precios.

83. A mi juicio, aunque parezca paradójico a primera vista que una misma instalación pertenezca simultáneamente a un sector considerado capaz de repercutir el coste de los derechos de emisión en los precios de venta de sus productos y a un sector que resulta manifiestamente incapaz de hacerlo, esta contradicción solo es aparente. En efecto, la clasificación de un sector o subsector entre aquellos que están expuestos a un riesgo significativo de fuga de carbono requiere que la mencionada

<sup>47</sup> Véase el punto 66 de las presentes conclusiones.

<sup>48</sup> Véanse los puntos 88 a 98 de las presentes conclusiones.

<sup>49</sup> El concepto de «riesgo de fuga de carbono» hace referencia al riesgo de que las actividades que producen elevadas emisiones de gases de efecto invernadero sean deslocalizadas, como consecuencia de los costes asociados a la aplicación del régimen de comercio de derechos de emisión, hacia terceros países en los que no se impongan tales restricciones, lo cual incrementaría las emisiones a escala mundial. Véanse los considerandos 24 y 25 de la Directiva 2009/29.

<sup>50</sup> El punto 1. 4 del anexo de la Decisión 2010/2/UE de la Comisión, de 24 de diciembre de 2009, por la que se determina, de conformidad con la Directiva [2003/87], una lista de los sectores y subsectores que se consideran expuestos a un riesgo significativo de fuga de carbono (DO 2010, L 1, p. 10), aplicable en el período pertinente, menciona entre los sectores expuestos a un riesgo significativo de fuga de carbono la extracción de gas natural sobre la base del código NACE-4 (nomenclatura con 4 cifras). Dicha Decisión fue derogada por la Decisión 2014/746/UE de la Comisión, de 27 de octubre de 2014, que determina, de conformidad con la Directiva [2003/87], la lista de sectores y subsectores que se consideran expuestos a un riesgo significativo de fuga de carbono durante el período 2015-2019 (DO 2014, L 308, p. 114), cuyo anexo recoge, en el punto 1. 1, el sector de la extracción de gas natural. Tal como ExxonMobil alegó en la vista, el código NACE-4 correspondiente a la extracción de gas natural —1110 en el momento de los hechos pertinentes y actualmente 0620— incluye la desulfuración de tal gas. Véase la página de Internet de Eurostat [http://ec.europa.eu/eurostat/ramon/nomenclatures/index.cfm?TargetUrl=LST\\_NOM\\_DTL&StrNom=NACE\\_REV2&StrLanguageCode=EN&IntPcKey=18495674&StrLayoutCode=y](http://ec.europa.eu/eurostat/ramon/nomenclatures/index.cfm?TargetUrl=LST_NOM_DTL&StrNom=NACE_REV2&StrLanguageCode=EN&IntPcKey=18495674&StrLayoutCode=y) <https://ec.europa.eu/eurostat/documents/1965800/1978760/CORRESPONDENCETABLENACEREV.1.1-NACEREV.2.pdf/e8200936-c2f0-4202-8bda-99fbfbfc422b4>.

incapacidad sea demostrada mediante una apreciación global del conjunto de las actividades de las instalaciones integrantes.<sup>51</sup> Tal clasificación no supone que cada una de las instalaciones sea incapaz de recuperar los costes de los derechos de emisión correspondientes a sus actividades incluso cuando produzca electricidad destinada, al menos en parte, a la venta a terceros.

84. En ese sentido, del artículo 10 *bis*, apartado 12, de la Directiva 2003/87, en relación con los apartados 1 y 3 del mismo artículo, resulta que la circunstancia de que un sector o subsector figure en el anexo de la Decisión 2010/2 no libera a las instalaciones de ese sector o subsector de la aplicación del principio según el cual, en virtud del apartado 1, tercer párrafo, de dicho artículo, no puede asignarse ningún derecho de forma gratuita a la producción de electricidad (con contadas excepciones), tengan o no estas instalaciones la condición de generadores de electricidad. Tal inclusión no exonera tampoco a las instalaciones que tienen la condición de generadores de electricidad de las consecuencias que se derivan de ello en virtud del apartado 3 del mismo artículo.<sup>52</sup>

85. De este modo, con arreglo al artículo 10 *bis*, apartado 12, de la Directiva 2003/87, la pertenencia de una instalación a un sector o subsector expuesto a un riesgo significativo de fuga de carbono tiene como única consecuencia, a efectos de la asignación establecida en el citado artículo, la aplicación a sus datos históricos de actividad que han de tenerse en cuenta para calcular la asignación gratuita preliminar de derechos de emisión, de un «factor de riesgo de fuga» que permite una asignación preliminar más generosa.<sup>53</sup> Dicha pertenencia no requiere que se contabilicen, entre tales datos, los relativos a la producción de electricidad que han de ser excluidos en virtud del artículo 10 *bis*, apartado 1, párrafo tercero, de la referida Directiva.<sup>54</sup> En lo que respecta a los generadores de electricidad, tampoco produce el efecto de incluir, en sus datos históricos de actividad, los correspondientes a su producción de calor más allá de lo previsto en el artículo 10 *bis*, apartado 3, de dicha Directiva.<sup>55</sup>

86. *En cuarto lugar*, la génesis legislativa del artículo 3, letra u), de la Directiva 2003/87 corrobora su interpretación literal. Los trabajos preparatorios de la adopción de la Directiva 2009/29 ponen de relieve, en efecto, que el legislador optó por un tenor que dota de amplio alcance al concepto de «generador de electricidad» frente a la formulación más restrictiva propuesta durante el procedimiento legislativo por la Comisión de Industria, Investigación y Energía del Parlamento Europeo. Esta última había presentado una enmienda, mencionada por el Gobierno alemán, con el fin

51 De conformidad con el artículo 10 *bis*, apartado 14, de la Directiva 2003/87, a fin de determinar los sectores o subsectores expuestos a un riesgo significativo de fuga de carbono, «la Comisión evaluará, a escala [de la Unión], en qué medida es posible que el sector o subsector considerado [...] repercuta el coste directo de los derechos de emisión necesarios y los costes indirectos derivados de los precios de la electricidad más elevados resultantes de la aplicación de la presente Directiva sobre los precios de los productos sin una pérdida significativa de cuota de mercado a favor de instalaciones fuera de [la Unión] que tengan un comportamiento peor desde el punto de vista de las emisiones de carbono».

52 Véanse los puntos 88 a 98 de las presentes conclusiones.

53 Este factor se aplica cuando los Estados miembros calculan la cantidad anual de derechos de emisión gratuitos asignados de forma preliminar a cada instalación establecida en su territorio (la asignación definitiva la determina la Comisión en una fase posterior). A efectos de este cálculo, en primer lugar, el nivel histórico de actividad de cada subinstalación comprendida en la instalación en cuestión se multiplica bien por la referencia de producto, de calor o de combustible aplicable, o bien por un factor de 0,97 en el caso de una subinstalación con emisiones de proceso (véase el artículo 10, apartado 2, de la Decisión 2011/278). A continuación, el valor obtenido se multiplica bien por un factor igual a 0,8 en 2013, que se reducirá cada año hasta alcanzar un 0,3 en 2020, o bien por un factor de 1 cuando las actividades de la subinstalación de que se trate correspondan a un sector expuesto a un riesgo importante de fuga de carbono (véase el artículo 10 *bis*, apartados 11 y 12, de la Directiva 2003/87). Por último, la suma de los resultados obtenidos para cada subinstalación constituye la cantidad anual total preliminar de derechos de emisión gratuitos correspondientes a la instalación (véase el artículo 10, apartado 7, de la Decisión 2011/278).

54 Con arreglo al artículo 9, apartados 4 y 5, de la Decisión 2011/278, el nivel histórico de actividad de las subinstalaciones con referencias de calor o de combustible se determina sin tener en cuenta el calor medible o el combustible consumido para generar electricidad.

55 Véanse los puntos 88 a 98 de las presentes conclusiones.

de atribuir la condición de generador de electricidad únicamente a las instalaciones «que suministren principalmente a las redes eléctricas públicas».<sup>56</sup> La circunstancia de que la enmienda propuesta quedara en letra muerta supone, en mi opinión, un indicio adicional de que la tesis defendida por ExxonMobil contradice la intención del legislador.

87. A la luz de todo lo expuesto, concluyo que el concepto de «generador de electricidad», en el sentido del artículo 3, letra u), de la Directiva 2003/87, comprende una instalación, como la del litigio principal, que ha vendido a la red eléctrica pública, después del 1 de enero de 2005, pequeñas cantidades de la electricidad que ella misma ha generado, en el marco de su actividad de combustión de combustibles, principalmente para las necesidades de su actividad de producción de un producto no incluido en el anexo I de la misma Directiva.

***D. Sobre las repercusiones de la condición de generador de electricidad en la asignación gratuita de derechos de emisión (segunda cuestión prejudicial)***

88. La segunda cuestión prejudicial se plantea al Tribunal de Justicia para el supuesto de que este adopte, como propongo, una interpretación del artículo 3, letra u), de la Directiva 2003/87 en virtud de la cual una instalación como la del litigio principal constituye un generador de electricidad. El órgano jurisdiccional remitente pregunta si, en virtud del artículo 3, letra c), de la Decisión 2011/278, tal instalación podría obtener, no obstante, derechos de emisión gratuitos por el calor que produce y utiliza para fines distintos de la producción de electricidad, incluso fuera de los supuestos, no pertinentes en el presente asunto, previstos en el artículo 10 *bis*, apartado 1, párrafo tercero, y apartado 4 de la Directiva 2003/87.

89. Las dudas que alberga este órgano jurisdiccional se derivan de que el artículo 3, letra c), de la Decisión 2011/278 supedita la condición de «subinstalación con referencia de calor» al requisito de que el calor producido no se utilice para generar electricidad, sin excluir de manera general que se constituya tal subinstalación dentro de una instalación generadora de electricidad. En otros términos, ese precepto, si bien impide la asignación gratuita de derechos de emisión para el calor generado para la *producción* de electricidad, no indica en qué medida el calor producido para otros fines por los *generadores de electricidad* está excluido de esa asignación.

90. En mi opinión, procede responder de modo negativo a la segunda cuestión a la luz de una interpretación literal, sistemática y teleológica del artículo 10 *bis* de la Directiva 2003/87 y del artículo 3, letra c), de la Decisión 2011/278.

91. A este respecto, por una parte, el artículo 10 *bis*, apartado 1, párrafo tercero, de la Directiva 2003/87 excluye toda asignación gratuita de derechos de emisión a la *producción* de electricidad, excepto cuando sea generada con gases residuales. Además, ExxonMobil no sostiene que tiene derecho a una asignación gratuita para la producción de electricidad de la instalación.

<sup>56</sup> Dictamen de la Comisión de Industria, Investigación y Energía, enmienda 22, adjunto al informe de la Comisión de Medio Ambiente, Salud Pública y Seguridad Alimentaria de 15 de octubre de 2008, documento parlamentario A6-0406/2008, p. 105. Esta enmienda se motivó de la siguiente manera: «[...] Las industrias que no sean generadores públicos de electricidad deben mantener la posibilidad de explotar sus propias instalaciones en las que ya han invertido. [...] Es conveniente no excluir de la distribución gratuita a los autoprodutores, que la Directiva 96/92/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de diciembre de 1996 sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad define como “toda persona física o jurídica que genere electricidad fundamentalmente para su propio uso”».

92. Asimismo, por otra parte, el artículo 10 *bis*, apartado 3, de la referida Directiva establece la norma según la cual no se asignará ningún derecho de forma gratuita a los *generadores* de electricidad, salvo en los supuestos mencionados en los apartados 4 y 8 de dicho artículo.<sup>57</sup> El apartado 4 del citado artículo se refiere a la producción de calor o refrigeración destinado a los sistemas urbanos de calefacción o que se obtenga mediante cogeneración de alta eficiencia.<sup>58</sup>

93. Según ha declarado ya el Tribunal de Justicia, el artículo 10 *bis*, apartado 4, de la Directiva 2003/87 es, pues, una excepción a la norma general, establecida en el apartado 3 de dicho artículo, según la cual los generadores de electricidad no disfrutan de derechos de emisión gratuitos.<sup>59</sup> Estos últimos están privados, en principio, de derechos de emisión gratuitos para las emisiones resultantes no solo de su actividad de generación de electricidad, sino también, en su caso y en contra de lo que afirman ExxonMobil y el Gobierno alemán, de su actividad de producción de calor. Únicamente los supuestos previstos en el artículo 10 *bis*, apartados 4 y 8, de la referida Directiva pueden justificar la asignación gratuita de derechos de emisión para el calor producido por los generadores de electricidad.

94. La interpretación contraria privaría de efecto útil al artículo 10 *bis*, apartado 3, de la Directiva 2003/87 en la medida en que la asignación gratuita de derechos de emisión para la producción de electricidad —con independencia de que la instalación productora sea o no un generador de electricidad— está ya excluida por el artículo 10 *bis*, apartado 1, párrafo tercero, de la misma Directiva.

95. El enfoque que propongo está asimismo en consonancia con el objetivo del apartado 3 de dicho artículo, a saber, consagrar el principio de la venta completa en subasta de los derechos de emisión para los generadores de electricidad a partir del año 2013. Como ya he indicado antes, dado que este principio va a extenderse de forma progresiva a las demás instalaciones, me parece justificada una interpretación amplia de las disposiciones que limitan las posibilidades de asignación gratuita.<sup>60</sup>

96. Es más, debo recordar que se confirió al legislador una amplia facultad de apreciación a la hora de establecer el régimen del comercio de derechos de emisión.<sup>61</sup> En mi opinión, el legislador no rebasó los límites al decidir aplicar dicho principio, en un primer momento, únicamente a los generadores de electricidad, al estar identificados estos en virtud de criterios objetivos y apropiados en relación con las finalidades perseguidas. En el marco de su facultad de apreciación, el legislador, con vistas a evitar distorsiones de la competencia con otros productores de calor,<sup>62</sup> se ha asegurado de ofrecer a los generadores de electricidad la posibilidad de obtener derechos de emisión gratuitos, por el calor que generan, en ciertas condiciones que persiguen fomentar la búsqueda de una mayor eficiencia energética.<sup>63</sup>

57 El artículo 10 *bis*, apartados 1, párrafo tercero, y 3 de la Directiva 2003/87 permite también la asignación gratuita en los casos previstos en el artículo 10 *quater* de la misma Directiva. Esta disposición autoriza a los Estados miembros a asignar derechos de emisión gratuitos para proyectos de modernización de instalaciones de generación de electricidad en determinadas situaciones. Como puso de relieve la Comisión, Alemania no es uno de los Estados miembros que pueden hacer uso de esta excepción. Véase el Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre el funcionamiento del mercado europeo del carbono, 1 de febrero de 2017, COM(2017) 48 final, p. 17.

58 El artículo 10 *bis*, apartado 8, de la Directiva 2003/87 se refiere al fomento de determinados proyectos de captura y almacenamiento geológico de CO<sub>2</sub> y proyectos de demostración de tecnologías innovadoras de energía renovable.

59 Sentencia de 28 de abril de 2016, Borealis Polyolefine y otros (C-191/14, C-192/14, C-295/14, C-389/14 y C-391/14 à C-393/14, EU:C:2016:311), apartado 66.

60 Véase el punto 69 de las presentes conclusiones.

61 Véase el punto 76 de las presentes conclusiones.

62 Según el considerando 19 de la Directiva 2009/29, «para evitar distorsiones de la competencia, los generadores de electricidad pueden recibir derechos de emisión de forma gratuita por los sistemas urbanos de calefacción y refrigeración y por el calor y la refrigeración producidos mediante la cogeneración de alta eficiencia [...], en caso de que ese tipo de calor generado por instalaciones de otros sectores recibiera derechos de emisión gratuitos».

63 Véase la Propuesta de la Comisión, pp. 9 y 27. Véase también el artículo 1 y los considerandos 1 y 5 de la Directiva 2004/8.

97. Esta interpretación del artículo 10 *bis*, apartado 3, de la Directiva 2003/87 no puede quedar desvirtuada sobre la base del artículo 3, letra c), de la Decisión 2011/278. Tal como aduce la Comisión, habida cuenta de la jerarquía normativa existente entre la medida de ejecución que dicha Decisión constituye y las disposiciones de habilitación contenidas en el artículo 10 *bis* de la mencionada Directiva,<sup>64</sup> el artículo 3, letra c), de dicha Decisión ha de interpretarse, en la medida de lo posible, de conformidad con el artículo 10 *bis*, apartado 3, de la Directiva.<sup>65</sup>

98. Tal interpretación conforme supone que el artículo 3, letra c), de la Decisión 2011/278 solo permite la asignación de emisiones a una subinstalación con referencia de calor y la asignación gratuita de los derechos de emisión correspondientes en una instalación generadora de electricidad cuando el artículo 10 *bis*, apartado 3, de la Directiva 2003/87 autoriza esa asignación, es decir, únicamente en los casos previstos en los apartados 4 y 8 del citado artículo.<sup>66</sup>

99. Teniendo en cuenta las respuestas que propongo para las cuestiones prejudiciales primera y segunda, no procede responder a las cuestiones prejudiciales tercera y cuarta, que el órgano jurisdiccional remitente solo ha planteado para el supuesto de que el Tribunal de Justicia conteste a las cuestiones prejudiciales primera y segunda en el sentido de que la instalación puede disfrutar de derechos de emisión gratuitos por el calor que produce.

#### *E. Sobre la limitación de los efectos en el tiempo de la sentencia que se dicte*

100. En caso de que el Tribunal de Justicia responda a la segunda cuestión prejudicial en el sentido que propongo, ExxonMobil solicita que limite los efectos en el tiempo de la sentencia que se dicte.

101. Según reiterada jurisprudencia, la limitación de los efectos en el tiempo de una sentencia en la que el Tribunal de Justicia interprete con carácter prejudicial una norma de Derecho de la Unión constituye una medida excepcional que requiere que concurren dos criterios esenciales, a saber, la buena fe de los círculos interesados y el riesgo de trastornos graves.<sup>67</sup> El Tribunal de Justicia únicamente ha recurrido a esta solución «en circunstancias muy concretas, cuando existía un riesgo de repercusiones económicas graves debidas, en particular, al elevado número de relaciones jurídicas constituidas de buena fe sobre la base de una normativa considerada válidamente en vigor y era patente que los particulares y las autoridades nacionales habían sido incitados a observar una conducta contraria [al Derecho de la Unión] en razón de una incertidumbre objetiva e importante en cuanto al alcance de las disposiciones del Derecho de la Unión, incertidumbre a la que habían contribuido eventualmente los mismos comportamientos observados por otros Estados miembros o por la Comisión».<sup>68</sup>

102. En el presente asunto, ExxonMobil no ha aportado ningún elemento concreto que demuestre que se cumplen estos criterios.

64 Véanse, en este sentido, las sentencias de 28 de febrero de 2018, Trinseo Deutschland (C-577/16, EU:C:2018:127), apartado 68, y de 17 de mayo de 2018, Evonik Degussa (C-229/17, EU:C:2018:323), apartado 29.

65 Véanse, en este sentido, las sentencias de 24 de junio de 1993, Dr Tretter (C-90/92, EU:C:1993:264), apartado 11; de 26 de febrero de 2002, Comisión/Boehringer (C-32/00 P, EU:C:2002:119), apartado 53, y de 19 de julio de 2012, Pie Optiek (C-376/11, EU:C:2012:502), apartado 34.

66 Sin perjuicio del artículo 10 *quater* de la Directiva 2003/87 (véase la nota 57 de las presentes conclusiones).

67 Véase, en particular, la sentencia de 19 de octubre de 2017, Paper Consult (C-101/16, EU:C:2017:775), apartado 65 y jurisprudencia citada.

68 Véanse, en particular, sentencias de 20 de septiembre de 2001, Grzelczyk (C-184/99, EU:C:2001:458), apartado 53, y de 19 de octubre 2017, Paper Consult (C-101/16, EU:C:2017:775), apartado 66 y jurisprudencia citada).

103. En primer lugar, en lo que respecta a la existencia de un riesgo de trastornos económicos graves, ExxonMobil se ha limitado a alegar que las autoridades alemanas han asignado gratuitamente, a partir del año 2013, derechos de emisión a un gran número de instalaciones generadoras de electricidad para su producción de calor. No ha ofrecido indicaciones sobre esas instalaciones y las consecuencias perjudiciales que sufrirían si se adoptara la interpretación del artículo 10 *bis*, apartado 3, de la Directiva 2003/87 propuesta anteriormente.

104. En segundo lugar, esta interpretación se desprende, a mi juicio, con suficiente claridad del tenor de tal disposición y del artículo 3, letra c), de la Decisión 2011/278, interpretado a la luz de la mencionada disposición. Por lo demás, ExxonMobil únicamente invoca una interpretación divergente adoptada por las autoridades alemanas, sin indicar de qué forma el comportamiento adoptado por la Comisión u otros Estados miembros ha contribuido a impregnar el alcance del artículo 10 *bis*, apartado 3, de la Directiva 2003/87 de una incertidumbre objetiva e importante. En estas circunstancias, no existe ninguna incertidumbre de ese tipo que haya podido inducir a adoptar de buena fe comportamientos contrarios al Derecho de la Unión.

105. Por consiguiente, propongo denegar la solicitud de limitación de los efectos en el tiempo de la sentencia que se dicte.

## V. Conclusión

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

- «1) El artículo 3, letra u), de la 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, en su versión modificada por la Directiva 2009/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, debe interpretarse en el sentido de que constituye un «generador de electricidad» una instalación que ejerce simultáneamente una actividad de «combustión en instalaciones con una potencia térmica nominal total superior a 20 [megavatios (MW)]», en el sentido del anexo I, punto 6, de la Directiva 2003/87, y una actividad de producción de un producto no comprendido en ninguna otra actividad recogida en el citado anexo, cuando dicha instalación ha generado, a partir del 1 de enero de 2005, electricidad destinada principalmente a su abastecimiento propio y, en parte, a ser inyectada a cambio de una remuneración en la red eléctrica pública.
- 2) El artículo 10 *bis*, apartado 3, de la Directiva 2003/87/CE y el artículo 3, letra c), de la Decisión 2011/278/UE 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, deben interpretarse en el sentido de que una instalación que tiene la condición de «generador de electricidad», en el sentido del artículo 3, letra u), de dicha Directiva, puede obtener una asignación gratuita de derechos de emisión de gases de efecto invernadero para el calor que produce únicamente en los supuestos previstos en el artículo 10 *bis*, apartados 4 y 8, de la citada Directiva, sin perjuicio de la aplicación del artículo 10 *quater* de la misma Directiva.»