Recopilación de la Jurisprudencia

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL
SR. HENRIK SAUGMANDSGAARD ØE
presentadas el 18 de junio de 2020[1]

Asunto C-320/19

Ingredion Germany GmbH
contra
Bundesrepublik Deutschland (República Federal de Alemania)

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

«Procedimiento prejudicial — Medio ambiente — Directiva 2003/87/CE — Régimen para el comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero — Artículo 3, letra h) — Concepto de "nuevo entrante" — Artículo 10 *bis* — Régimen transitorio de la asignación gratuita de derechos de emisión — Decisión 2011/278/UE — Asignación gratuita de derechos de emisión a nuevos entrantes — Subinstalación con referencia de combustible — Artículo 18, apartado 1, letra c), y apartado 2, párrafo segundo — Determinación del nivel de actividad en relación con el combustible — Factor de utilización de la capacidad pertinente — Limitación de ese factor a un valor inferior al 100 %»

I. Introducción

1. La presente 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 h), y del artículo 10 *bis* de la Directiva 2003/87/CE,[2] que establece un régimen para el comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero en la Unión Europea, y del artículo 18, apartado 1, letra c), y apartado 2, párrafo segundo, de la Decisión 2011/278/UE,[3] por la que se determinan normas transitorias sobre la armonización de la asignación gratuita de derechos de emisión.

2. Esta petición se ha presentado en el marco de un litigio entre Ingredion Germany GmbH (en lo sucesivo, «Ingredion» o «demandante en el litigio principal») y la República Federal de Alemania, representada por la Umweltbundesamt (Agencia Federal de Medio Ambiente, Alemania), en relación con una solicitud de asignación gratuita de derechos de emisión para una instalación que debe ser calificada de «nuevo entrante» en el sentido del artículo 3, letra h), de la Directiva 2003/87.[4]

1 Lengua original: francés.

2 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, por la que se modifica la Directiva 2006/87/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) (en lo sucesivo, «Directiva 2003/87)».

3 Decisión de la Comisión de 27 de abril de 2011 por la que se determinan las normas transitorias de la Unión para la armonización de la asignación gratuita de derechos de emisión con arreglo al artículo 10 *bis* de la Directiva 2003/87/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (DO 2011, L 130 p. 1).

4 Recuerdo que el concepto de «nuevo entrante» está definido en el artículo 3, letra h), de la Directiva 2003/87 en el sentido de que incluye, en particular, toda «instalación [...] a la que se le conceda un permiso de emisión de gases de efecto invernadero por primera vez después del 30 de junio de 2011». Las disposiciones relativas a los «nuevos entrantes» están recogidas en el capítulo IV de la Decisión 2011/278.

3. En este contexto, el órgano jurisdiccional remitente se pregunta si, para determinar la cantidad anual preliminar de derechos de emisión gratuitos que deben asignarse a una de las subinstalaciones que componen esa instalación y a la que ha de aplicarse una referencia de combustible, el factor de utilización de la capacidad pertinente, a que se refiere el artículo 18, apartado 1, letra c), y apartado 2, párrafo segundo, de la Decisión 2011/278, está limitado a un valor inferior al 100 %.

4. El examen de esta cuestión se enmarca en una abundante jurisprudencia relativa al régimen para el comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero y a las normas transitorias para la asignación gratuita de derechos de emisión,[5] brindando al Tribunal de Justicia la oportunidad de examinar por primera vez el régimen aplicable a los «nuevos entrantes».

5. Al término de mi análisis, propondré al Tribunal de Justicia que declare que, en el marco del citado régimen, el factor de utilización de la capacidad pertinente de una subinstalación con referencia de combustible como la que explota Ingredion, en las circunstancias del asunto objeto del litigio principal, debe limitarse a un valor inferior al 100 %.

II. Marco jurídico

A. Derecho de la Unión

1. Directiva 2003/87

6. El artículo 3 de la Directiva 2003/87, titulado «Definiciones», dispone lo siguiente:

«A efectos de la presente Directiva serán de aplicación las siguientes definiciones:

[…]

h) "nuevo entrante":

– toda instalación que lleve a cabo una o varias de las actividades indicadas en el anexo I, a la que se le conceda un permiso de emisión de gases de efecto invernadero por primera vez después del 30 de junio de 2011, o

– toda instalación que lleve a cabo una actividad incluida en el régimen comunitario conforme al apartado 1 o 2 del artículo 24 por primera vez, o

– toda instalación que lleve a cabo una o varias de las actividades indicadas en el anexo I o una actividad incluida en el régimen comunitario conforme al apartado 1 o 2 del artículo 24, que haya sido objeto de una ampliación significativa después del 30 de junio de 2011, solo por lo que se refiere a dicha ampliación;

[…]»

5 Sobre la cuestión de los derechos de emisión de gases de efecto invernadero, ya he tenido la ocasión de presentar mis conclusiones, en particular, en los asuntos INEOS Köln (C-572/16, EU:C:2017:896) y ExxonMobil Production Deutschland (C-682/17, EU:C:2019:167)

7. A tenor del artículo 10 *bis* de la citada Directiva, titulado «Normas comunitarias de carácter transitorio para la armonización de la asignación gratuita de derechos de emisión»:

«1. Antes del 31 de diciembre de 2010, la Comisión adoptará medidas de desarrollo a escala comunitaria, totalmente armonizadas, […]

[…]

Las medidas a que se refiere el párrafo primero determinarán, en la medida de lo posible, parámetros de referencia *ex ante* a escala comunitaria a fin de asegurar que los derechos de emisión se asignen de tal forma que se incentiven las reducciones de las emisiones de gases de efecto invernadero y las técnicas de eficiencia energética, teniendo en cuenta las técnicas más eficaces, […] y que no se ofrezca ningún incentivo para aumentar emisiones.

[…]

7. El cinco por ciento de la cantidad de derechos de emisión asignados a escala comunitaria con arreglo a los artículos 9 y 9 *bis* para el período 2013-2020 se reservará para los nuevos entrantes y será el máximo que puede asignárseles de acuerdo con las normas adoptadas en virtud del apartado 1 del presente artículo.

[…]

A más tardar el 31 de diciembre de 2010, la Comisión adoptará unas normas armonizadas para la aplicación de la definición de "nuevo entrante", en particular en relación con la definición de "ampliación significativa".

[…]»

2. Decisión 2011/278

8. El artículo 17 de la Decisión 2011/278, titulado «Solicitud de asignación gratuita», establece lo siguiente en su apartado 4:

«En lo que respecta a las instalaciones contempladas en el artículo 3, letra h), de la Directiva [2003/87], a excepción de las que hayan registrado una ampliación significativa con posterioridad al 30 de junio de 2011, los Estados miembros exigirán al titular que determine la capacidad instalada inicial de cada subinstalación con arreglo al método establecido en el artículo 7, apartado 3, utilizando como referencia el período continuo de 90 días sobre la base del cual se determina el inicio del funcionamiento normal. Los Estados miembros aprobarán dicha capacidad instalada inicial de cada subinstalación antes de calcular la asignación a la instalación.»

9. Según el artículo 18 de esa misma Decisión, titulado «Niveles de actividad»:

«1. En lo que respecta a las instalaciones contempladas en el artículo 3, letra h), de la Directiva [2003/87], a excepción de aquellas que hayan registrado una ampliación significativa con posterioridad al 30 de junio de 2011, los Estados miembros determinarán los niveles históricos de actividad de cada instalación como sigue:

[…]

c) el nivel de actividad en relación con el combustible será la capacidad instalada inicial de consumo de combustibles utilizados para la producción de calor no medible consumido 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, incluida la combustión en antorcha por motivos de seguridad, multiplicada por el factor de utilización de la capacidad que resulte pertinente;

[…]

2. […]

El factor de utilización de la capacidad pertinente contemplado en el apartado 1, letras b) a d), será determinado por los Estados miembros sobre la base de información, debidamente documentada y verificada de forma independiente, relativa a las previsiones de la instalación en cuanto a su funcionamiento normal, su mantenimiento, su ciclo de producción habitual, las técnicas de eficiencia energética y la utilización habitual de la capacidad en el sector de que se trate, comparando con datos sectoriales específicos.

[…]

3. En cuanto a las instalaciones que hayan registrado una ampliación significativa de capacidad con posterioridad al 30 de junio de 2011, los Estados miembros determinarán los niveles de actividad de conformidad con el apartado 1 únicamente respecto a la capacidad añadida de las subinstalaciones a las que corresponda la ampliación significativa de capacidad.

En cuanto a las instalaciones que hayan registrado una reducción significativa de capacidad con posterioridad al 30 de junio de 2011, los Estados miembros determinarán los niveles de actividad de conformidad con el apartado 1 únicamente respecto a la capacidad reducida de las subinstalaciones a las que corresponda la reducción significativa de capacidad.»

10. De conformidad con el artículo 19 de esa misma Decisión, que lleva por título «Asignación a los nuevos entrantes»:

«1. A efectos de la asignación de derechos de emisión a los nuevos entrantes, a excepción de las instalaciones a las que se refiere el artículo 3, letra h), de la Directiva [2003/87], los Estados miembros calcularán del modo siguiente, respecto a cada subinstalación por separado, la cantidad anual preliminar de derechos de emisión que se asignarán gratuitamente al inicio del funcionamiento normal de la instalación:

[…]

c) respecto a cada subinstalación con referencia de combustible, la cantidad anual preliminar de derechos de emisión asignados gratuitamente corresponderá al valor de la referencia de combustible indicado en el anexo I, multiplicado por el nivel de actividad en relación con el combustible;

[…]

4. Los Estados miembros notificarán sin demora a la Comisión la cantidad anual total preliminar de derechos de emisión asignados gratuitamente. Los derechos de emisión de la reserva de nuevos entrantes creada con arreglo al artículo 10 *bis*, apartado 7, de la Directiva [2003/87] se asignarán por orden cronológico tomando como referencia la fecha de recepción de dicha notificación.

La Comisión podrá denegar la cantidad anual total preliminar de derechos de emisión asignados gratuitamente a la instalación de que se trate. Si la Comisión no deniega esa cantidad anual total preliminar de derechos de emisión asignados gratuitamente, el Estado miembro concernido procederá a determinar la cantidad anual final de derechos de emisión asignados gratuitamente.»

B. Derecho alemán

11. El artículo 9, apartado 1, 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»), tiene la siguiente redacción:

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

12. El artículo 2 del Verordnung über die Zuteilung von Treibhausgas-Emissionsberechtigungen in der Handelsperiode 2013 *bis* 2020 (Decreto 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») titulado «Definiciones», establece lo siguiente:

«[…]

10. "nuevas instalaciones":

todos los nuevos entrantes a efectos del artículo 3, letra h), primer guion, de la Directiva [2003/87];

[…]»

13. El artículo 16 del ZuV 2020, titulado "Solicitud de asignación gratuita de derechos de emisión", dispone:

«(1) Las solicitudes de asignación gratuita para los nuevos entrantes deberán presentarse en el plazo de un año desde el inicio del funcionamiento normal de la instalación; en caso de ampliación significativa de capacidad, en el plazo de un año desde el inicio del funcionamiento de la instalación ampliada.

[…]

(4) No obstante lo dispuesto en el artículo 4, la capacidad instalada inicial de las nuevas instalaciones será, para cada elemento de asignación, la media de los dos volúmenes máximos de producción mensual dentro del período continuo de 90 días en que se base la determinación del inicio del funcionamiento normal, extrapolada a un año natural.

[…]»

14. Según el artículo 17 del ZuV 2020, titulado «Niveles de actividad de los nuevos entrantes»:

«(1) En lo que respecta a los elementos de asignación de nuevas instalaciones que deban determinarse con arreglo al artículo 3, los niveles de actividad pertinentes para la asignación de derechos de emisión se establecerán del modo siguiente:

[…]

3. el nivel de actividad en relación con el combustible de un elemento de asignación con valor de emisiones de combustible será la capacidad instalada inicial del elemento de asignación correspondiente, multiplicada por el factor de utilización de la capacidad que resulte pertinente;

(2) El factor de utilización de la capacidad pertinente conforme al apartado 1, puntos 2 a 4, se determinará sobre la base de los datos facilitados por el solicitante en cuanto a:

1. el funcionamiento efectivo del elemento de asignación hasta la fecha de solicitud y las previsiones de la instalación o del elemento de asignación en cuanto a su funcionamiento normal, su mantenimiento y sus ciclos de producción;

2. el uso de tecnologías de eficiencia energética que sean eficaces para evitar la emisión de gases de efecto invernadero y que puedan afectar al factor de utilización de la capacidad pertinente de la instalación;

3. la utilización habitual en los sectores correspondientes.

[…]» [6]

15. De conformidad con el artículo 18 del ZuV 2020, titulado «Asignación a los nuevos entrantes»:

(1) Para la asignación de derechos de emisión a las nuevas instalaciones, la autoridad competente calculará del modo siguiente, respecto a cada elemento de asignación por separado, la cantidad anual preliminar de derechos de emisión que se asignarán gratuitamente al inicio del funcionamiento normal de la instalación, respecto a los años restantes del período de comercio de 2013 a 2020:

[…]

3. respecto a cada elemento de asignación con valor de emisiones de combustible, la cantidad anual preliminar de derechos de emisión asignados gratuitamente será el valor de las emisiones de combustible multiplicado por el nivel de actividad en relación con el combustible;

[…]»

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

16. La demandante en el litigio principal, Ingredion, explota en Hamburgo (Alemania) una planta para la fabricación de productos amiláceos. [7] La planta está integrada, en particular, por dos subinstalaciones de calefacción y de generación de vapor, que utilizan vapor y gas natural para generar calor para la producción de almidón.

6 He de observar que en la Decisión 2011/278 se emplea el término «subinstalación» en lugar de la expresión «elemento de asignación». Asimismo, en la citada Decisión se utiliza la expresión «referencia de combustible» en lugar de la expresión «valor de emisiones de combustible». En las presentes conclusiones, únicamente emplearé los términos y expresiones que figuran en la citada Decisión, dado que su interpretación resulta igualmente válida en lo que respecta a los términos y expresiones empleados en el ZuV 2020.

7 Los productos amiláceos engloban todos los productos agroalimentarios que contienen almidón.

17. El 8 de agosto de 2014, Ingredion solicitó a la Deutsche Emissionshandelsstelle (Servicio alemán de comercio de derechos de emisión; en lo sucesivo, «DEHSt») que le asignase derechos de emisión gratuitos para esas dos subinstalaciones. Para una de ellas basó su solicitud en un parámetro de referencia de calor y para la otra en un parámetro de referencia de combustible. [8]

18. A efectos de determinar la cantidad preliminar de derechos de emisión que podían asignarse gratuitamente a la subinstalación con referencia de combustible, en un primer momento la DEHSt aplicó un factor de utilización de la capacidad pertinente del 109 %. En efecto, atendiendo a la información facilitada por Ingredion, la utilización efectiva de la capacidad de dicha instalación durante el período comprendido entre la fecha de inicio del funcionamiento normal, el 15 de agosto de 2013, y la fecha de presentación de la solicitud de asignación, el 20 de junio de 2014, era superior al 100 % de su capacidad instalada inicial. [9]

19. En un segundo momento, la DEHSt estimó que, a la luz de la Decisión de 24 de marzo de 2015 [10] en la que la Comisión había rechazado un factor de utilización de la capacidad pertinente igual o superior al 100 % para otras tres plantas alemanas, debía basarse a partir de entonces en un factor de utilización de la capacidad pertinente del 99,9 %, y no del 109 %. Sobre la base de lo anterior, mediante decisión de 1 de septiembre de 2015, determinó la cantidad de derechos de emisión que debían asignarse gratuitamente a Ingredion para el período de asignación comprendido entre 2013 y 2020.

20. La demandante en el litigio principal impugnó dicha decisión. Su recurso fue desestimado mediante decisión de 7 de julio de 2017, notificada el 10 de julio de 2017. La DEHSt basó la desestimación del recurso en la Decisión de la Comisión de 24 de marzo de 2015 y en los documentos de orientación publicados por esta última. [11]

21. Mediante demanda presentada el 9 de agosto de 2017 ante el Verwaltungsgericht Berlin (Tribunal de lo Contencioso-Administrativo de Berlín), la demandante en el litigio principal insistió en sus pretensiones.

22. Mediante decisión de 28 de enero de 2019, la DEHSt revocó su decisión de 1 de septiembre de 2015 por cuanto la solicitud de asignación adolecía de un error de cálculo relativo a la subinstalación con referencia de combustible. A consecuencia de ese error, Ingredion había modificado su demanda el 20 de enero de 2019.

8 Como señalé en mis conclusiones presentadas en el asunto INEOS Köln (C-572/16, EU:C:2017:896), punto 58 y nota 35, en esencia, «[los] parámetros de referencia son cantidades determinadas de emisiones […] que la Comisión considera necesarias para producir una determinada cantidad del producto de que se trate» (véanse las conclusiones de la Abogado General Kokott en los asuntos 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:2015:754, punto 40). Para calcular la cantidad anual preliminar de derechos de emisión gratuitos que deben asignarse, conforme al artículo 6 de la Decisión 2011/278, los Estados miembros deben distinguir las subinstalaciones en función de su actividad, para poder determinar si procede aplicar una «referencia de producto», una «referencia de calor» o una «referencia de combustible», o bien un factor específico para las «instalaciones con emisiones de proceso» (véanse las sentencias de 8 de septiembre de 2016, Borealis y otros, C-180/15, EU:C:2016:647, apartado 61, y de 18 de enero de 2018, INEOS, C-58/17, EU:C:2018:19, apartado 28). A este respecto, el Tribunal de Justicia ya ha señalado que las definiciones que figuran en el artículo 3 de la Decisión 2011/278 de subinstalaciones con referencia de producto, con referencia de calor, con referencia de combustible y con emisiones de proceso se excluyen mutuamente (véase la sentencia de 8 de septiembre de 2016, Borealis y otros, C-180/15, EU:C:2016:647, apartado 62).

9 En cuanto a la capacidad instalada inicial, procede recordar que el artículo 17, apartado 4, de la Decisión 2011/278 establece, en esencia, que para las instalaciones contempladas en el artículo 3, letra h), de la Directiva 2003/87, es decir, los nuevos entrantes, a excepción de las que hayan registrado una ampliación significativa con posterioridad al 30 de junio de 2011, la capacidad instalada inicial de cada subinstalación debe determinarse utilizando como referencia «el período continuo de 90 días sobre la base del cual se determina el inicio del funcionamiento normal» (véase asimismo el punto 8 de las presentes conclusiones).

10 Decisión C (2015) 1733 final, de 24 de marzo de 2015, sobre la cantidad total preliminar de derechos de emisión con cargo a la reserva para nuevos entrantes que deben asignarse gratuitamente a las instalaciones alemanas DE000000000001744, DE000000000201341 y DE000000000203762.

11 Dichos documentos, titulados «Guidance Document n.º 2 on the harmonized free allocation methodology for the EU-ETS post 2012 (Guidance on allocation methodologies)» [documento de orientación n.º 2 sobre el método armonizado de asignación gratuita en la Unión Europea a partir de 2012 (guía de métodos de asignación)] y «Frequently Asked Questions on New Entrants & Closures Applications» [Preguntas frecuentes sobre solicitudes relativas a nuevos entrantes y cierres], están disponibles en el sitio de Internet de la Comisión en la siguiente dirección: https://ec.europa.eu/clima/policies/ets/allowances_en#tab-0-1.

23. El órgano jurisdiccional remitente observa que la solución del litigio de que conoce depende de si, en virtud del artículo 18, apartado 2, párrafo segundo, de la Decisión 2011/278, el factor de utilización de la capacidad pertinente puede alcanzar un valor superior al 100 % para aquellas subinstalaciones con referencia de combustible que, como la de Ingredion, están sujetas al régimen de los «nuevos entrantes».

24. En particular, dicho órgano jurisdiccional pone de relieve que el tenor literal de dicha disposición no contiene ninguna limitación del factor de utilización de la capacidad pertinente a valores inferiores al 100 %. Señala que, en las circunstancias del asunto de que conoce, la aplicación de un factor de utilización mayor se basa en información documentada y verificada de forma independiente, relativa tanto a las previsiones de la subinstalación de Ingredion en cuanto a su funcionamiento normal, como a su funcionamiento efectivo hasta la presentación de la solicitud. Añade que, contrariamente a lo que ocurre con las instalaciones existentes,[12] de conformidad con el artículo 17, apartado 4, de la Decisión 2011/278, el período de referencia para nuevos entrantes se corresponde con los 90 días siguientes a aquel en el que se inicie el funcionamiento normal, y no con un período de cuatro años.[13]

25. Sin embargo, el mencionado órgano jurisdiccional destaca asimismo que una comparación con los nuevos entrantes que disponen de subinstalaciones con referencia de producto pone de manifiesto que a tales subinstalaciones se les aplica un factor de utilización de la capacidad estándar en virtud del artículo 18, apartado 1, letra a), de la citada decisión, que no puede alcanzar, en ningún caso, un valor del 100 %.[14] Por otro lado, observa que la asignación de derechos de emisión gratuitamente con arreglo al artículo 10 *bis* de la Directiva 2003/87 se aparta temporalmente del principio de la venta en subasta de derechos[15] que consagra esa Directiva, lo que aboga por una interpretación restrictiva de las disposiciones pertinentes.

26. En estas circunstancias, el Verwaltungsgericht Berlin (Tribunal de lo Contencioso-Administrativo de Berlín) decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia la siguiente cuestión prejudicial:

«¿Debe interpretarse el artículo 18, apartado 1, letra c), y apartado 2, párrafo segundo, de la Decisión [2011/278], en relación con el artículo 3, letra h), y el artículo 10 *bis*, de la Directiva [2003/87], en el sentido de que para los nuevos entrantes el factor de utilización relevante para el nivel de actividad en relación con el combustible se limita a un valor inferior al 100 %?»

27. Ingredion, la República Federal de Alemania y la Comisión Europea han presentado observaciones escritas ante el Tribunal de Justicia.

28. Ingredion, la República Federal de Alemania, el Gobierno alemán y la Comisión estuvieron representados durante la vista que se celebró el 12 de marzo de 2020.

12 A tenor del artículo 3, letra a), de la Decisión 2011/278, por «instalación existente» se entiende «toda instalación […] que: i) ha obtenido un permiso de emisión de gases de efecto invernadero antes del 30 de junio de 2011, o ii) está funcionando en la práctica, ha obtenido todas las autorizaciones medioambientales pertinentes, […] en su caso, […] a más tardar el 30 de junio de 2011, y ha cumplido para esa fecha todos los demás criterios definidos en el ordenamiento jurídico nacional del Estado miembro correspondiente […]».

13 Según el artículo 9, apartado 1, de la Decisión 2011/278, «respecto a las instalaciones existentes, los Estados miembros determinarán los niveles históricos de actividad de cada instalación en el período de referencia comprendido entre el 1 de enero de 2005 y el 31 de diciembre de 2008, o en el período de referencia comprendido entre el 1 de enero de 2009 y el 31 de diciembre de 2010, si este resultado fuera mayor».

14 Los valores del factor de utilización estándar de la capacidad están fijados en el anexo de la Decisión 2013/447/UE de la Comisión, de 5 de septiembre de 2013, relativa al factor de utilización estándar de la capacidad con arreglo al artículo 18, apartado 2, de la Decisión 2011/278/UE (DO 2013, L 240, p. 23).

15 Con arreglo al artículo 10, apartado 1, de la Directiva 2003/87, titulado «Subasta de derechos de emisión», está previsto, en particular, que para las actividades enumeradas en el anexo I de la citada Directiva, distintas de las aéreas, los Estados miembros subasten a partir de 2013, «todos los derechos de emisión que no se asignen de forma gratuita con arreglo a los artículos 10 *bis* y 10 *quater*».

IV. Análisis

A. Consideraciones preliminares

29. Mediante la presente petición de decisión prejudicial se solicita al Tribunal de Justicia que determine si, en el marco del régimen de asignación gratuita de derechos de emisión a los «nuevos entrantes», el factor de utilización de la capacidad pertinente para una subinstalación con referencia de combustible puede ser igual o superior al 100 %. En caso afirmativo, cuando la utilización efectiva de la capacidad de esa subinstalación sea superior a su capacidad instalada inicial, el citado factor permitiría obtener una mayor cantidad de derechos de emisión gratuitos.

30. Conviene recordar que multiplicando ese factor por la capacidad instalada inicial de una subinstalación con referencia de combustible se obtiene el nivel de actividad en relación con el combustible. Según el artículo 19, apartado 1, letra c), de la Decisión 2011/278, la cantidad anual preliminar de derechos de emisión asignados gratuitamente se determina a continuación multiplicando ese nivel de actividad por el valor de la referencia correspondiente.

31. A este respecto, he de destacar que si bien de conformidad con el artículo 18, apartado 2, párrafo segundo, de la Decisión 2011/278, el factor de utilización de la capacidad pertinente es «determinado por los Estados miembros sobre la base de información, debidamente documentada y verificada de forma independiente, […] comparando con datos sectoriales específicos», la mencionada disposición no establece en cambio ningún límite expreso al valor del citado factor.

32. En sus observaciones escritas y durante la vista ante el Tribunal de Justicia, las partes pusieron igualmente de manifiesto dicha circunstancia. En esencia, defendieron tres posturas diferentes que pueden resumirse del modo expuesto a continuación.

33. En primer término, Ingredion consideró que el factor de utilización de la capacidad pertinente podría ajustarse por encima del 100 % cuando durante un período que exceda del plazo de 90 días a contar desde el inicio del funcionamiento normal de la instalación, la utilización efectiva de la capacidad de su subinstalación con referencia de combustible supere su capacidad instalada inicial. [16]

34. En segundo término, la República Federal de Alemania y el Gobierno alemán estimaron, en esencia, que el hecho de que el mencionado factor esté limitado o no a un valor inferior al 100 % dependerá básicamente del margen de discrecionalidad de que disponen los Estados miembros en virtud del artículo 18, apartado 2, párrafo segundo, de la Decisión 2011/278, para determinar el citado factor. [17]

35. En tercer término, la Comisión sostuvo que, de conformidad con el artículo 3, letra i), y el artículo 20 de la citada Decisión, únicamente las ampliaciones significativas de capacidad, es decir aquellas que supongan, como mínimo, un incremento del 10 % de la capacidad instalada inicial, podían dar lugar a una modificación de la cantidad de derechos de emisión asignados preliminarmente de forma gratuita a un nuevo entrante. A su juicio, resultaría contrario a la estructura y a los objetivos de la mencionada Decisión que se pudiera recurrir al factor de utilización de la capacidad pertinente para tener en cuenta ampliaciones que, como sucede en el caso de

16 Durante la vista ante el Tribunal de Justicia, Ingredion precisó que no consideraba que debiera tomarse como referencia la capacidad máxima de una subinstalación, sino que el factor de utilización de la capacidad pertinente debía reflejar la utilización efectiva de la capacidad de esa subinstalación.

17 En aras de la exhaustividad procede señalar que en sus observaciones escritas la República Federal de Alemania señaló que tanto la postura de Ingredion como la de la Comisión eran conformes a la Directiva 2003/87 y a la Decisión 2011/278. Sin embargo, destacó que los Estados miembros tienen derecho a basarse en decisiones definitivas de la Comisión relativas a la asignación provisional de derechos de emisión gratuitos a otras instalaciones situadas en su territorio y que, a la luz de la Decisión C (2015) 1733 final de la Comisión, de 24 de marzo de 2015, la DEHSt podía negarse a aplicar un factor de utilización de la capacidad pertinente igual o superior al 100 %.

Ingredion, no superan ese umbral del 10 % y, por tanto, no están comprendidas en el mecanismo que establecen esas disposiciones. Precisó que, en cuanto a las subinstalaciones con referencia de producto sujetas al régimen aplicable a los «nuevos entrantes», el valor del factor de utilización de la capacidad sería en todo caso inferior al 100 %. En su opinión, a la luz del principio de igualdad de trato entre «nuevos entrantes», también debería ser así en lo que respecta al factor de utilización de la capacidad pertinente para subinstalaciones con referencia de combustible.

36. Para empezar, he de señalar que lo que parece preocupar a Ingredion es la duración, en su opinión excesivamente corta, del periodo de referencia utilizado para calcular la capacidad instalada inicial. Cabe recordar que, en virtud del artículo 17, apartado 4, de la Decisión 2011/278, ese período está constituido por el plazo de 90 días a contar desde el inicio del funcionamiento normal de la instalación. [18]

37. En cuanto a la determinación del factor de utilización de la capacidad pertinente, el Derecho alemán permite que se tenga en cuenta el funcionamiento efectivo de la instalación hasta la presentación de la solicitud de asignación. [19] Ingredion considera sustancialmente que, en consecuencia, el valor del citado factor debe reflejar la utilización efectiva de la capacidad de la subinstalación, determinada al término de ese período (en el caso de Ingredion, entre el 15 de agosto de 2013 y el 20 de junio de 2014), en su caso, mediante un valor superior al 100 % cuando esa utilización supere la capacidad instalada inicial.

38. En los siguientes apartados, expondré las razones por las que, contrariamente a lo que aduce Ingredion, considero necesario limitar el factor de utilización de la capacidad pertinente a un valor inferior al 100 % a la luz, en primer lugar, del tenor literal y del contexto del artículo 18, apartado 2, párrafo primero, de la Decisión 2011/278, que se refiere al factor de utilización estándar de la capacidad aplicable a las subinstalaciones con referencia de producto (sección B), en segundo lugar, de la estructura general de dicha Decisión (sección C) y, en tercer lugar, de la finalidad general y de los objetivos del régimen de asignación preliminar de derechos de emisión gratuitos (sección D).

39. Con carácter subsidiario, formularé algunas observaciones sobre el margen de apreciación de que disponen los Estados miembros en virtud del artículo 18, apartado 2, párrafo segundo, de la citada Decisión para responder a las alegaciones de la República Federal de Alemania y del Gobierno alemán (sección E).

18 Ha de precisarse que en sus observaciones escritas la República Federal de Alemania también destacó que el principal argumento contra la limitación del factor de utilización de la capacidad pertinente consistía en que «la capacidad instalada inicial, determinada de conformidad con el artículo 17, apartado 4, de la Decisión 2011/278, no siempre [era] representativa de la capacidad de la instalación a raíz de la corta duración del período de 90 días».

19 El artículo 17, apartado 2, punto 1, del ZuV 2020 establece que, en lo que respecta a las subinstalaciones situadas en territorio alemán, el factor de utilización de la capacidad pertinente se determina sobre la base de datos relativos, en particular, al funcionamiento efectivo de la subinstalación *hasta la presentación de la solicitud de asignación*, y a las previsiones de la instalación o la subinstalación en cuanto a su funcionamiento normal, su mantenimiento y sus ciclos de producción. Durante la vista ante el Tribunal de Justicia, la República Federal de Alemania destacó que, en la medida en que los nuevos entrantes no suelen presentar sus solicitudes de asignación de derechos de emisión gratuitos hasta después de transcurrido un año de utilización de la subinstalación, el ZuV 2020 permite recurrir al factor de utilización de la capacidad pertinente para rectificar eventuales inexactitudes en los datos recabados durante el período de referencia, basándose en otros datos que se generan hasta la fecha de presentación de la solicitud. Sin embargo, la Comisión señaló que esos datos adicionales no eran indispensables para asignar derechos de emisión gratuitos a los nuevos entrantes, de modo que no es preciso que las autoridades nacionales de todos los Estados miembros los tengan en cuenta.

B. Interpretación a la luz del tenor literal del artículo 18, apartado 2, párrafo primero, de la Decisión 2011/278

40. Conviene destacar que, de conformidad con el artículo 18, apartado 1, letra a), y apartado 2, párrafo primero, de la Decisión 2011/278, la fórmula para calcular el nivel de actividad de las subinstalaciones con referencia de producto es distinta de la que se aplica a las subinstalaciones con referencia de calor, de combustible o con emisiones de proceso.[20] En efecto, en el caso de las subinstalaciones con referencia de producto, no se recurre al factor de utilización de la capacidad pertinente y se aplica en cambio el factor de utilización estándar de la capacidad, cuyo valor determina la Comisión de forma concreta y precisa.[21]

41. A este respecto, he de observar, como ha hecho el órgano jurisdiccional remitente, que con arreglo a la Decisión 2013/447, que fija ese factor para los años 2013 a 2020, los valores para cada uno de los supuestos previstos son inferiores a 1 (y, por tanto, al 100 %).[22]

42. Confieso que me resulta difícil entender que el factor utilizado para determinar el nivel de actividad aplicable a los nuevos entrantes y, en consecuencia, la cantidad de derechos de emisión que deban asignárseles pueda ser superior al 100 % para las subinstalaciones con referencia de combustible cuando ello no resulta posible para las subinstalaciones con referencia de producto.

43. En efecto, por una parte, considero que el principio de igualdad de trato entre nuevos entrantes, consagrado, en esencia, en el considerando 36 de la Decisión 2011/278,[23] exige, como sostiene la República de Alemania, que los límites impuestos al factor utilizado para determinar el nivel de actividad sean los mismos para todos los «nuevos entrantes».

44. Por otra parte, de la interpretación conjunta de las definiciones dadas en el artículo 3, letras b) a d) y h), de la Decisión 2011/278 se deduce que el método de cálculo establecido en el artículo 18, apartado 2, párrafo primero, de dicha Decisión para las instalaciones con referencia de producto, debe considerarse el más preciso. Como ha explicado la Comisión, el factor de utilización de la capacidad pertinente solo se aplica cuando no ha sido posible calcular una referencia de producto.[24]

45. Esa interpretación queda corroborada por la jerarquía entre las distintas referencias que pueden aplicarse a una subinstalación determinada, expresamente indicada en el considerando 12 de la Decisión 2011/278. El mencionado considerando establece que los métodos de asignación de derechos de emisión gratuitos aplicables a las subinstalaciones con referencia de calor o de combustible o con emisiones de proceso constituyen «tres enfoques alternativos» para los casos en los que no ha sido posible obtener una referencia de producto.

20 En cuanto a la pertinencia y articulación de los distintos parámetros de referencia, me remito a la nota 8 de las presentes conclusiones.

21 Conviene recordar además que, con arreglo al artículo 18, apartado 2 párrafo primero, de la Decisión 2011/278, el factor de utilización estándar de la capacidad que se aplica a las subinstalaciones con referencia de producto corresponde al «percentil 80 de los factores de utilización media anual de la capacidad de todas las instalaciones que produzcan el producto de que se trate».

22 Más concretamente, esos valores están comprendidos entre el 0,731 y el 0,964.

23 Cabe precisar que, según el considerando 36 de la Decisión 2011/278, «habida cuenta del número limitado de derechos de emisión que contiene la reserva para nuevos entrantes, es conveniente evaluar, cuando se expida una cantidad considerable de esos derechos de emisión a nuevos entrantes, si queda garantizado un acceso justo y equitativo a los derechos de emisión que restan en la reserva» (el subrayado es mío).

24 Véase, en ese sentido, 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 68. Considero que la interpretación adoptada por la Comisión queda corroborada por el considerando 4 de la Decisión 2011/278, del que se desprende que «en la medida de lo posible, la Comisión ha elaborado referencias para los productos» (el subrayado es mío).

46. Así, desde mi punto de vista, si de conformidad con la Decisión 2013/447, el factor de utilización estándar de la capacidad debe ser inferior a 1 (o al 100 %), lo mismo debe suceder con el factor de utilización de la capacidad pertinente de las subinstalaciones con referencia de combustible. Esta limitación resulta necesaria para garantizar la igualdad de trato entre todos los nuevos entrantes y para respetar la jerarquía entre referencias. [25]

C. Interpretación a la luz de la estructura general de la Decisión 2011/278

47. En mi opinión, es preciso limitar el coeficiente de utilización de la capacidad pertinente a un valor inferior al 100 %, a la luz de la estructura general de la Decisión 2011/278 y de los distintos métodos de cálculo previstos en ella a efectos de la asignación preliminar de derechos de emisión gratuitos a «instalaciones existentes» [26] y a «instalaciones que hayan registrado una ampliación significativa de capacidad». [27]

1. Sobre el régimen aplicable a las «instalaciones existentes»

48. En cuanto a las «instalaciones existentes», he de señalar que están sujetas a un régimen distinto del aplicable a los «nuevos entrantes». Cuando se les aplica una referencia de combustible, según se desprende del artículo 10, apartado 2, letra b), inciso ii), de la Decisión 2011/278, la cantidad anual preliminar de derechos de emisión gratuitos es igual al valor de la referencia de combustible multiplicado por el nivel histórico de actividad en relación con el combustible aplicable al combustible consumido. Ese nivel de actividad corresponde, en esencia, a la mediana del consumo anual histórico de combustibles utilizados para determinadas producciones, [28] en el período de referencia comprendido entre el 1 de enero de 2005 y el 31 de diciembre de 2008, o entre el 1 de enero de 2009 y el 31 de diciembre de 2010. [29]

49. Es preciso subrayar que ese período de referencia (de dos o cuatro años) es mucho más extenso que el de 90 días que la citada Decisión establece para determinar la capacidad instalada inicial de los nuevos entrantes. Además, como señala acertadamente la Comisión, el cálculo del nivel de actividad de las instalaciones existentes se lleva a cabo sin aplicar ningún tipo de factor análogo al que se aplica a los nuevos entrantes.

25 En particular, en la medida en que, de conformidad con la Decisión 2013/447, el factor de utilización estándar de la capacidad no puede alcanzar en ningún caso un valor de 1, creo que el factor de utilización de la capacidad pertinente también debería permanecer estrictamente por debajo del 100 %.

26 Sobre la definición del concepto de «instalaciones existentes», véase la nota 12 de las presentes conclusiones.

27 En cuanto a las instalaciones que hayan registrado una ampliación significativa de capacidad, he de precisar que están incluidas en la definición de «nuevo entrante», recogida en el artículo 3, letra h), de la Directiva 2003/87. En efecto, se entiende por «nuevo entrante» no solo «toda instalación […] a la que se le conceda un permiso de emisión de gases de efecto invernadero por primera vez después del 30 de junio de 2011» (como es el caso, por cierto, de la subinstalación de Ingredion objeto del litigio principal), sino también «toda instalación […] que haya sido objeto de una ampliación significativa después del 30 de junio de 2011, solo por lo que se refiere a dicha ampliación».

28 Las distintas producciones pertinentes figuran enumeradas en el artículo 9, apartado 4, de la Decisión 2011/278.

29 Como ya he señalado en la nota 9 de las presentes conclusiones, ese período (de dos o cuatro años de duración) está definido en el artículo 9, apartado 1, de la Decisión 2011/278.

50. En estas circunstancias, es lícito preguntarse sobre el papel que desempeña el factor de utilización de la capacidad pertinente en lo que respecta a las subinstalaciones con referencia de combustible sujetas al régimen de los «nuevos entrantes». ¿Tiene por finalidad, como sostiene Ingredion, compensar la duración relativamente más corta del período de referencia empleado para establecer la capacidad instalada inicial de las citadas subinstalaciones? [30]

51. Desde mi punto de vista debe responderse a dicha pregunta en sentido negativo.

52. Es cierto que, ante la distinta duración de los períodos de referencia que se aplican a las instalaciones existentes y a los nuevos entrantes, existe una mayor probabilidad en el caso de estos últimos de que la capacidad instalada inicial de las subinstalaciones no sea representativa de la utilización efectiva de su capacidad. Según el planteamiento que defiende Ingredion, ese riesgo podría contrarrestarse parcialmente teniendo en cuenta, a la hora de determinar el factor de utilización de la capacidad pertinente, datos referidos a períodos más largos, que abarcaran hasta la fecha de presentación de la solicitud de asignación, que permitirían, en su caso, incrementar el nivel de actividad de las subinstalaciones y, en consecuencia, la cantidad de derechos de emisión que deban asignarse gratuitamente.

53. Sin embargo, en mi opinión, incluso reflejando en el valor del factor de utilización de la capacidad pertinente la utilización efectiva de cada subinstalación entre la fecha en que finalice el período de referencia de 90 días y la de presentación de la solicitud de asignación de derechos de emisión, los datos registrados por los nuevos entrantes no podrían referirse a un período igual a aquel a que se refieren los datos históricos [31] de las instalaciones existentes. En efecto, habida cuenta de que el artículo 3, letra h), de la Directiva 2003/87 dispone que el concepto de «nuevo entrante» comprende, en particular, todas las instalaciones a las que se haya concedido un permiso de emisión de gases de efecto invernadero por primera vez *después del 30 de junio de 2011*, es simplemente imposible aplicarles un período de referencia tan largo como el de las instalaciones existentes en el momento en el que se presente la solicitud de asignación.

54. Además, y sobre todo, el artículo 17, apartado 4, de la Decisión 2011/278, que establece el breve plazo de 90 días como período de referencia, no deja margen alguno a la ambigüedad. La Comisión ha precisado que cuando adoptó esa Decisión era consciente de que en la fecha en la que comenzase el citado período las instalaciones o subinstalaciones nuevas no habrían alcanzado aún su funcionamiento normal previsto. Ha añadido, con razón, que cuando adoptó la Decisión 2011/278, «aceptó conscientemente» [32] la posibilidad de que la utilización efectiva de la capacidad de la instalación o subinstalación excediera de la capacidad instalada inicial utilizada para determinar la cantidad preliminar de derechos de emisión gratuitos asignados a los «nuevos entrantes», dado que la citada Decisión preveía en su artículo 3, letra n), que el mencionado período de referencia comenzase a correr a partir del momento en el que la instalación alcanzase el 40 % de su capacidad prevista.

30 A este respecto, conviene subrayar que, de conformidad con el artículo 17 del Reglamento Delegado (UE) 2019/331 de la Comisión, de 19 de diciembre de 2018, por el que se determinan las normas transitorias de la Unión para la armonización de la asignación gratuita de derechos de emisión con arreglo al artículo 10 *bis* de la Directiva 2003/87/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (DO 2019, L 59, p. 8), la asignación gratuita de derechos de emisión a los «nuevos entrantes» para el período comprendido entre 2021 y 2030 (es decir, para el cuarto período de comercio) se lleva a cabo partiendo del nivel histórico de actividad, evaluado durante el primer año natural tras el inicio del funcionamiento normal. Así, para las asignaciones que se efectúen a partir de 2021, tanto el factor de utilización de la capacidad pertinente como el período de referencia de 90 días dejarán de ser pertinentes.

31 Recuerdo que, con arreglo al artículo 7, apartado 1, de la Decisión 2011/278, en lo que respecta a las instalaciones existentes, los Estados miembros «recogerán de los titulares de las instalaciones existentes […], respecto a todos los años del período comprendido entre el 1 de enero de 2005 y el 31 de diciembre de 2008, o, cuando proceda, entre el 1 de enero de 2009 y el 31 de diciembre de 2010, durante los cuales la instalación haya estado en funcionamiento, toda la información y los datos necesarios […]».

32 Preciso que, al adoptar la Decisión 2011/278, la Comisión actuó en el marco de sus competencias de ejecución, en virtud del artículo 10 *bis* de la Directiva 2003/87. A este respecto, conviene precisar que de conformidad con el artículo 291 TFUE, apartado 3, cuando la Comisión adopta actos de ejecución, el Parlamento y el Consejo deben establecer previamente las normas y principios generales relativos a las modalidades de control, por parte de los Estados miembros, del ejercicio de las competencias de ejecución por esa institución. Además, el Parlamento puede oponerse a tales actos en cuyo caso la Comisión está obligada a tener en cuenta su postura, aunque no a aceptarla.

55. A la luz de todos estos elementos, considero, al igual que la República Federal de Alemania, que incrementar el factor de utilización de la capacidad pertinente hasta un valor igual o superior al 100 % en aquellos casos en los que la utilización efectiva de la capacidad de una subinstalación como la que explota Ingredion alcance o supere su capacidad instalada inicial iría en contra de la opción deliberadamente escogida por el legislador de limitar el período de referencia para determinar esa capacidad instalada inicial a los 90 días siguientes al inicio del funcionamiento normal de la instalación. Ese incremento sería, en última instancia, contrario al tenor literal del artículo 17, apartado 4, dicha Decisión, en relación con el artículo 3, letra n), de la misma Decisión, pues llevaría al mismo resultado que un incremento de la capacidad.

56. He de añadir que, como han manifestado la República Federal de Alemania y la Comisión, en mi opinión toda diferencia de trato entre instalaciones existentes y nuevos entrantes está objetivamente justificada,[33] dado que la cantidad anual preliminar de derechos asignados gratuitamente no se determina en función de las *emisiones reales* del beneficiario, sino de «*parámetros de referencia» teóricos* definidos por la Comisión partiendo de las emisiones generadas por el 10 % de las instalaciones más eficaces, según lo dispuesto en el artículo 10 *bis*, apartado 2, de la Directiva 2003/87.

57. Así, al margen del régimen al que esté sujeta una subinstalación (es decir, al de las instalaciones existentes o al de los nuevos entrantes), la cantidad preliminar de derechos de emisión gratuitos depende de esos parámetros de referencia teóricos, que son los mismos para las instalaciones existentes y para los nuevos entrantes. Las diferencias que se derivan de los demás elementos empleados en el cálculo se deben a la inexistencia de datos históricos fiables y permanentes para las instalaciones recientemente puestas en funcionamiento y a la necesidad de basarse, por consiguiente, en una estimación de su nivel de actividad para determinar la cantidad preliminar de derechos de emisión que se les pueden asignar gratuitamente.

58. A este respecto, conviene asimismo señalar que los artículos 20 y 21 de la Decisión 2011/278 ya preveían que se aplicara la misma fórmula de cálculo a las instalaciones existentes y a las instalaciones puestas en funcionamiento con posterioridad al 30 de junio de 2011,[34] siempre que hubieran sido objeto de una modificación significativa de la capacidad, es decir, que hubieran registrado «una ampliación significativa de capacidad o una reducción significativa de capacidad».[35]

33 A este respecto recuerdo que, según reiterada jurisprudencia, el principio general de igualdad de trato exige que no se traten de manera diferente situaciones comparables y que no se traten de manera idéntica situaciones diferentes, a no ser que dicho trato esté objetivamente justificado (véase, en particular, la sentencia de 16 de diciembre de 2008, Arcelor Atlantique et Lorraine y otros, C-127/07, EU:C:2008:728, apartado 23).

34 El apartado 1 de los artículos 20 y 21 de la Decisión 2011/278 prevé, en esencia, que cuando una instalación haya registrado una ampliación o una reducción significativa de capacidad con posterioridad al 30 de junio de 2011, el Estado miembro concernido, a solicitud del titular, determinará la cantidad de derechos de emisión gratuitos que deban asignarse en virtud de la ampliación o reducción de capacidad. En ese caso debe aplicarse el método previsto en el artículo 19 de la mencionada Decisión, es decir, el método de cálculo previsto para los nuevos entrantes.

35 Esta definición del concepto de «modificación significativa de la capacidad» resulta del artículo 3, letra k), de la Decisión 2011/278.

59. Pues bien, aunque el riesgo, asumido por el legislador, de que el nivel de actividad sea menos representativo de la utilización efectiva de la capacidad en el caso de nuevos entrantes que en el caso de instalaciones existentes, cualquier desviación de más del 10 % puede ser tenida en cuenta, en virtud del artículo 20 de la Decisión 2011/278.[36] En ese caso, el legislador ha previsto expresamente un período de seis meses, y no únicamente de 90 días, para determinar la capacidad añadida.[37]

60. Por consiguiente, considero que un examen comparativo de los regímenes aplicables a las instalaciones existentes y a los nuevos entrantes no permite deducir que el factor de utilización de la capacidad pertinente deba ser igual o superior al 100 % cuando la utilización efectiva de la capacidad de una subinstalación con referencia de combustible alcance o supere su capacidad instalada inicial. En cambio, la voluntad expresa del legislador de limitar el período de referencia para los nuevos entrantes a 90 días a contar desde el inicio del funcionamiento normal de la instalación aboga, a mi parecer, como he señalado en el punto 55 de las presentes conclusiones, por limitar el valor de ese factor por debajo de dicho porcentaje.

2. Sobre el régimen aplicable a las «instalaciones que hayan registrado una ampliación significativa de capacidad»

61. Asimismo, considero que sería contrario al mecanismo previsto en el artículo 20, de la Decisión 2011/278 que el factor de utilización de la capacidad pertinente en el caso de las subinstalaciones con referencia de combustible sujetas al régimen aplicable a los «nuevos entrantes» pudiera alcanzar o superar el 100 % cuando la ampliación de la capacidad fuera inferior al umbral del 10 % establecido en dicha disposición.

62. Recuerdo a este respecto que, con arreglo al artículo 20 de la Decisión 2011/278, la cantidad de derechos de emisión que deban asignarse gratuitamente para tener en cuenta la ampliación significativa de la capacidad de una instalación está supeditada, como subrayó la República Federal de Alemania, a los dos requisitos previstos en el artículo 3, letra i), de dicha Decisión.

63. Así, por un lado, es preciso que se registren uno o más cambios físicos identificables en relación con la configuración técnica y el funcionamiento de la subinstalación distintos de la mera sustitución de una línea de producción existente. Por otro lado, la subinstalación debe poder funcionar con una capacidad como mínimo un 10 % superior a la capacidad instalada inicial de la subinstalación antes del cambio, o tener un nivel de actividad significativamente mayor que conlleve la asignación de más de 50 000 derechos de emisión adicionales al año.

64. Además, a tenor del artículo 20, apartado 2, de la Decisión 2011/278, «el Estado miembro exigirá al titular que, junto con la solicitud, presente pruebas que acrediten el cumplimiento de los criterios relativos a una ampliación significativa de capacidad».

36 Ciertamente, el mecanismo establecido en el artículo 20 de la Decisión 2011/278 no permite rectificar *a posteriori* la cantidad provisional de derechos de emisión que se hayan asignado gratuitamente a una subinstalación sobre la base de la primera solicitud presentada. Es cierto que, en lo que respecta a los nuevos entrantes, la eventual subestimación de la capacidad pertinente con ocasión de la primera asignación no podría compensarse posteriormente. Sin embargo, la Comisión precisó durante la vista que los nuevos entrantes podían quedar comprendidos en el ámbito de aplicación del artículo 20 a partir del año siguiente a dicha asignación, siempre que hubieran registrado una ampliación significativa de su capacidad.

37 Véase el artículo 3, letra l), de la Decisión 2011/278. Procede señalar que, en el litigio principal, Ingredion invoca la utilización efectiva de su subinstalación durante el período comprendido entre el 15 de agosto de 2013 y el 20 de junio de 2014, es decir, un período de más de diez meses. Sostiene así que, en caso de que una subinstalación registrase una utilización añadida del 9 % con respecto a su capacidad instalada inicial al término del período de referencia de 90 días y antes de presentar la solicitud, el factor de utilización de la capacidad pertinente podría ajustarse partiendo de datos relativos a un período sustancialmente más largo (de al menos cuatro meses) que el aplicable en caso de ampliación significativa de capacidad (es decir en caso de ampliación de la capacidad en más de un 10 %).

65. En estas circunstancias, considero que si, como sostiene Ingredion, el factor de utilización de la capacidad pertinente pudiera alcanzar un valor superior al 100 % con el fin de reflejar, como en el caso de su subinstalación, una utilización efectiva añadida del 9 % respecto de la capacidad instalada inicial,[38] dicha posibilidad iría en contra de la voluntad expresa del legislador de permitir el ajuste de la cantidad de derechos de emisión asignados únicamente en aquellos supuestos en los que la ampliación es significativa, es decir, como mínimo un 10 % superior a la capacidad instalada inicial.

66. Desde mi punto de vista, la intención del legislador queda claramente plasmada en el considerando 35 de la Decisión 2011/278, según el cual «las inversiones en ampliaciones de capacidad significativas que permitan acceder a la reserva para nuevos entrantes [...] deben ser inequívocas y de una cierta envergadura, a fin de evitar que se agote rápidamente la reserva de derechos de emisión creada para los nuevos entrantes, se falsee la competencia y se genere una carga administrativa excesiva, y a fin de garantizar la igualdad de trato entre las instalaciones de los diferentes Estados miembros».[39]

67. He de añadir que, durante la vista celebrada ante el Tribunal de Justicia, la Comisión confirmó que el factor de utilización de la capacidad pertinente no debía servir para tener en cuenta eventuales ampliaciones de la capacidad de la instalación, que ya están cubiertas por el mecanismo específico y por los límites establecidos en el artículo 20 de la Decisión 2011/278.

68. Habida cuenta de los elementos anteriores, me sumo a esta postura.

3. Conclusión intermedia

69. En mi opinión, teniendo en cuenta los regímenes aplicables a las «instalaciones existentes» y a las «instalaciones que hayan registrado una ampliación significativa de capacidad», el factor de utilización de la capacidad pertinente debe limitarse a un valor inferior al 100 % conforme a la estructura general de la Decisión 2011/278.[40]

70. En la siguiente sección expondré las razones por las que considero que los objetivos del régimen de asignación gratuita preliminar de derechos de emisión establecido en la Decisión 2011/278 y en la Directiva 2003/87 también respaldan la limitación del factor de utilización de la capacidad pertinente a un valor inferior al 100 %.

D. Interpretación a la luz de la finalidad general y de los objetivos del régimen de asignación gratuita de derechos de emisión

71. Procede recordar que, conforme a reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, para interpretar una disposición del Derecho de la Unión debe tenerse en cuenta no solo su tenor, sino también su contexto y los objetivos perseguidos por la normativa de la que forma parte.[41]

38 Según Ingredion, en ese caso el factor de utilización de la capacidad pertinente debería fijarse correlativamente en un 109 %.

39 Recuerdo a este respecto que, de conformidad con el artículo 19, apartado 4, de la Decisión 2011/278, los derechos de emisión de la reserva para nuevos entrantes se asignan por orden cronológico.

40 Véanse, en el mismo sentido, «Guidance Document n.º 2 on the harmonized free allocation methodology for the EU-ETS post 2012 (Guidance on allocation methodologies)» [documento de orientación n.º 2 sobre el método armonizado de asignación gratuita en la Unión a partir de 2012 (guía de métodos de asignación)], p. 32, y «Frequently Asked Questions on New Entrants & Closures Applications» [Preguntas frecuentes sobre solicitudes relativas a nuevos entrantes y cierres], p. 8, documentos a los que se refiere el órgano jurisdiccional remitente, según los cuales no debe aceptarse ningún factor de utilización de la capacidad pertinente igual o superior al 100 %. A este respecto, recuerdo que, si bien los documentos citados no son jurídicamente vinculantes, constituyen indicios adicionales que pueden servir para arrojar luz sobre la estructura general de la Directiva 2003/87 y de la Decisión 2011/278 (véanse, en particular, las sentencias de 18 de enero de 2018, INEOS, C-58/17, EU:C:2018:19, apartado 41 y jurisprudencia citada, y de 14 de mayo de 2020, Spenner, C-189/19, EU:C:2020:381, apartado 49).

41 Véase la sentencia de 20 de junio de 2019, ExxonMobil Production Deutschland (C-682/17, EU:C:2019:518), apartado 71 y jurisprudencia citada.

72. En cuanto a la finalidad general y los objetivos del régimen de asignación gratuita de derechos de emisión que establecen el artículo 10 *bis* de la Directiva 2003/87 y la Decisión 2011/278, debo observar que dicho régimen constituye una excepción al principio de venta en subasta de los derechos de emisión, que el legislador considera como «el sistema más sencillo y, en general, […] más eficiente desde el punto de vista económico», [42] 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. [43]

73. En ese contexto, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10 *bis*, apartado 11, de dicha Directiva, la cantidad de derechos de emisión asignados de forma gratuita se ha ido reduciendo gradualmente a lo largo del periodo comprendido entre 2013 y 2020, con el objetivo de lograr su total supresión en 2027. [44] Por consiguiente, la asignación gratuita de derechos de emisión a efectos de reducir las emisiones de gases de efecto invernadero está progresivamente abocada a sustentarse exclusivamente en el principio de venta en subasta.

74. A efectos de la consecución de ese objetivo, el considerando 36 de la Decisión 2011/278 destaca el número limitado de derechos de emisión que contiene la reserva para nuevos entrantes. [45] Además, el artículo 10 *bis*, apartado 7, párrafo primero, segunda frase, de la Directiva 2003/87, prevé que los Estados miembros subasten los derechos de emisión de la reserva para nuevos entrantes que no se hayan utilizado.

75. A este respecto, la Comisión ha señalado asimismo que, cuando adoptó la Decisión 2011/278, no previó la posibilidad de compensar la utilización de la capacidad añadida de una subinstalación con respecto a su capacidad instalada inicial ajustando el valor del factor de utilización de la capacidad pertinente por encima del 100 % precisamente para fomentar la utilización, en tales circunstancias, de técnicas eficientes para reducir las emisiones de gases de efecto invernadero o, en su caso, la adquisición de una cantidad equivalente de derechos de emisión en el marco del régimen para el comercio de derechos de emisión.

76. A la luz de los elementos anteriores, desde mi punto de vista no cabe duda de que la finalidad general y los objetivos del régimen de asignación gratuita de derechos de emisión, al igual que el artículo 18, apartado 2, párrafo primero, y la estructura general de la Decisión 2011/278, exigen que el factor de utilización de la capacidad pertinente se limite estrictamente a un valor inferior al 100 %. [46]

E. Con carácter subsidiario, sobre el margen de apreciación de los Estados miembros

77. Por los motivos antes expuestos, considero que para responder a la pregunta de si el factor de utilización de la capacidad pertinente para las subinstalaciones con referencia de combustible sujetas al régimen aplicable a los «nuevos entrantes» está limitado a un valor inferior al 100 % es preciso recurrir a una interpretación contextual y teleológica que parta de la estructura general de la Decisión

42 Véase el considerando 15 de la Directiva 2009/29. Remito asimismo a mis conclusiones presentadas en el asunto ExxonMobil Production Deutschland (C-682/17, EU:C:2019:167), punto 69.

43 Véanse las sentencias de 12 de abril de 2018, PPC Power (C-302/17, EU:C:2018:245), apartado 18, y de 17 de mayo de 2018, Evonik Degussa (C-229/17, EU:C:2018:323), apartado 41.

44 Véase la sentencia de 20 de junio de 2019, ExxonMobil Production Deutschland (C-682/17, EU:C:2019:518), apartado 65 y jurisprudencia citada.

45 A este respecto, procede señalar que de conformidad con el artículo 10 *bis*, apartado 7, párrafo primero, primera frase, de la Directiva 2003/87, únicamente el cinco por ciento de la cantidad de derechos de emisión asignados para el período comprendido entre 2013 y 2020 está reservado para los nuevos entrantes y que ese porcentaje constituye un límite máximo.

46 A este respecto, debo recordar que, en mis conclusiones presentadas en el asunto ExxonMobil Production Deutschland (C-682/17, EU:C:2019:167), punto 69, expuse que 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.

2011/278 y de la finalidad general y de los objetivos del régimen de asignación gratuita preliminar de derechos de emisión. Por consiguiente, contrariamente a lo que sostienen la República Federal de Alemania y el Gobierno alemán, esa cuestión no está comprendida en el margen de apreciación que el artículo 18, apartado 2, párrafo segundo, de la Decisión 2011/278 reconoce a los Estados miembros.

78. A este respecto, debo recordar, en aras de la exhaustividad, que, en cuanto a la asignación gratuita de derechos de emisión, el legislador insistió, en el artículo 10 *bis*, apartado 1, de la Directiva 2003/87, en la necesidad de efectuar una armonización total, al establecer que «la Comisión adoptará medidas de desarrollo a escala comunitaria, totalmente armonizadas, para la asignación de los derechos de emisión».

79. Como ya expuse en mis conclusiones presentadas en el asunto INEOS Köln,[47] la Comisión adoptó la Decisión 2011/278 sobre esta base y, a mi juicio, no cabe duda de que esta Decisión, en relación con el artículo 10 *bis* de la Directiva 2003/87, procede a una armonización exhaustiva de los aspectos materiales de la asignación gratuita de los derechos de emisión.[48]

80. En particular, a tenor del artículo 19, apartado 4, párrafo segundo, de la citada Decisión, la Comisión puede denegar la cantidad anual total preliminar de derechos de emisión asignados gratuitamente a un nuevo entrante.

81. Por tanto, aun en caso de que el Tribunal de Justicia considere, como sostienen la República Federal de Alemania y el Gobierno alemán y contrariamente al planteamiento que defiendo, que los Estados miembros pueden determinar el factor de utilización de la capacidad pertinente por encima del 100 % respetando los límites establecidos en el artículo 18, apartado 2, párrafo segundo, de la citada Decisión, desde mi punto de vista no cabría reprochar a estos últimos que hicieran suya la postura de la Comisión aplicando una de sus decisiones a instalaciones concretas (como sucede en el litigio principal)[49] cuando hubieran podido prever que esa postura resultaría igualmente válida con respecto a otras instalaciones.

V. Conclusión

82. A la luz de todas las consideraciones anteriores, propongo al Tribunal de Justicia que responda del siguiente modo a la cuestión prejudicial planteada por el Verwaltungsgericht Berlin (Tribunal de lo Contencioso-Administrativo de Berlín, Alemania):

«El artículo 18, apartado 1, letra c), y apartado 2, párrafo segundo, 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 de la Directiva 2003/87/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, en relación con el artículos 3, letra h), y el artículo 10 *bis* 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 el factor de utilización de la capacidad pertinente aplicable al nivel de actividad en relación con el combustible está limitado a un valor inferior al 100 % para los nuevos entrantes.»

47 C-572/16, EU:C:2017:896, punto 70.

48 Véase la sentencia de 22 de junio de 2016, DK Recycling und Roheisen/Comisión (C-540/14 P, EU:C:2016:469), apartados 52 a 55.

49 Como he señalado en el punto 19 de las presentes conclusiones, en las circunstancias del litigio principal, la DEHSt decidió basarse en un factor de utilización de la capacidad pertinente del 99,9 %, teniendo en cuenta que, en su decisión de 24 de marzo de 2015, la Comisión había rechazado un factor de utilización de la capacidad pertinente igual o superior al 100 % para otras tres instalaciones alemanas.