Recopilación de la Jurisprudencia

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL
SR. GERARD HOGAN
presentadas el 24 de junio de 2021 [1]

Asunto C-271/20

Aurubis AG
contra
República Federal de Alemania

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

«Petición de decisión prejudicial — Medio ambiente — Régimen para el comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero — Normas transitorias para la armonización de la asignación gratuita de derechos de emisión — Decisión 2011/278/UE — Artículo 3, letra d) — Concepto de "subinstalación con referencia de combustible" — Fusión ultrarrápida — Reacción autotérmica — Solicitud de asignación no concedida al final del período de comercio»

I. Introducción

1. La presente petición de decisión prejudicial del Verwaltungsgericht Berlin (Tribunal de lo Contencioso-Administrativo de Berlín, Alemania) se refiere principalmente a la interpretación del concepto de «subinstalación con referencia de combustible» a efectos del artículo 3, letra d), 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 [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)]. [2]

2. La «subinstalación con referencia de combustible» es una de las categorías de instalación industrial a las que pueden asignarse derechos de emisión gratuitos con arreglo a la Directiva 2003/87. Es esta Directiva la que establece un régimen de derechos de emisión de gases de efecto invernadero para las empresas que operan en la Unión Europea.

3. La petición se plantea en el contexto de un procedimiento entre Aurubis AG (en lo sucesivo, «Aurubis») y la Bundesrepublik Deutschland (República Federal de Alemania), representada por el Umweltbundesamt, Deutsche Emissionshandelstelle (Agencia Federal de Medio Ambiente,

[1] Lengua original: inglés.
[2] DO 2011, L 130, p. 1.

Servicio alemán de comercio de derechos de emisión; en lo sucesivo, «DEHSt»), en relación con la cantidad de derechos de emisión asignados gratuitamente a Aurubis para su actividad de producción de cobre primario.

II. Marco jurídico

A. Derecho de la Unión

1. Directiva 2003/87

4. La Directiva 2003/87 ha sido modificada en diversas ocasiones, entre ellas por la Directiva 2009/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, por la que se modifica la Directiva 2003/87/CE para perfeccionar y ampliar el régimen comunitario de comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero,[3] y 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/CE para intensificar las reducciones de emisiones de forma eficaz en relación con los costes y facilitar las inversiones en tecnologías hipocarbónicas, así como por la Decisión (UE) 2015/1814.[4] Habida cuenta de los hechos del procedimiento principal, para responder a la primera cuestión prejudicial es pertinente, a mi juicio, la versión aplicable en 2012, y por ello es la que voy a utilizar, salvo que especifique lo contrario.

5. El artículo 1 de la Directiva 2003/87, titulado «Objeto», preceptúa:

«La presente Directiva establece un régimen para el comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero en el interior de la [Unión] […] a fin de fomentar reducciones de las emisiones de estos gases de una forma eficaz en relación con el coste y económicamente eficiente.

[…]»

6. El artículo 2 de la Directiva 2003/87, que lleva por título «Ámbito de aplicación», establece, en su apartado 1:

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

7. A tenor del artículo 3 de la Directiva 2003/87, titulado «Definiciones»:

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

[…]

b) "emisión": la liberación a la atmósfera de gases de efecto invernadero a partir de fuentes situadas en una instalación […];

[…]

[3] DO 2009, L 140, p. 63.

[4] DO 2018, L 76, p. 3.

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

[…]

t) “combustión”: 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;

[…]».

8. El artículo 10 *bis*, apartado 1, de la Directiva 2003/87, titulado «Normas [de la Unión] de carácter transitorio para la armonización de la asignación gratuita de derechos de emisión», dispone:

«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 a que se refieren los apartados 4, [5,] 7 y 12, incluida cualquier medida necesaria para una aplicación armonizada del apartado 19.

Estas medidas, destinadas a modificar elementos no esenciales de la presente Directiva completándola, se adoptarán con arreglo al procedimiento de reglamentación con control contemplado en el artículo 23, apartado 3.

Las medidas a que se refiere el párrafo primero determinarán, en la medida de lo posible, parámetros de referencia *ex ante* a escala [de la Unión] 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, los productos de sustitución, los procedimientos alternativos de producción, la cogeneración de alta eficiencia, la recuperación energética eficaz de gases residuales, la utilización de biomasa y la captura, el transporte y el almacenamiento de CO_2, siempre que se disponga de las instalaciones necesarias, y que no se ofrezca ningún incentivo para aumentar emisiones. 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.

Para cada sector y subsector, los parámetros de referencia se calcularán en principio en función del producto, antes que en función del insumo, a fin de maximizar las reducciones de gases de efecto invernadero y los avances en eficiencia energética a través de cada proceso productivo del sector o subsector en cuestión.

[…]»

2. Decisión 2011/278

9. Los considerandos 1, 5, 12 y 18 de la Decisión 2011/278 son del siguiente tenor:

«(1) El artículo 10 *bis* de la Directiva dispone que las medidas de desarrollo a escala comunitaria, totalmente armonizadas, para la asignación de los derechos de emisión determinarán, en la medida de lo posible, parámetros de referencia *ex ante* a fin de asegurar que los derechos de emisión se asignen de tal forma que se incentiven las reducciones de las emisiones de gases de efecto invernadero y las técnicas de eficiencia energética, teniendo en cuenta las técnicas más eficaces, los productos de sustitución, los procedimientos alternativos de producción, la cogeneración de alta eficiencia, la recuperación energética eficaz de gases residuales, la utilización de biomasa y la captura, el transporte y el almacenamiento de CO_2, siempre que se disponga de las instalaciones necesarias, y que no se ofrezca ningún incentivo para aumentar las emisiones. Los derechos de emisión deben fijarse antes del período de comercio, de manera que el mercado pueda funcionar correctamente.

[…]

(5) La Comisión consideró que era factible establecer una referencia para un producto si, teniendo en cuenta la complejidad de los procesos de producción, se disponía de definiciones y clasificaciones del producto que permitieran verificar los datos relativos a la producción y aplicar de manera uniforme la referencia del producto en toda la Unión, con miras a la asignación de los derechos de emisión. No se estableció ninguna diferenciación en función de criterios geográficos o de las tecnologías, las materias primas o los combustibles utilizados, con objeto de no distorsionar las ventajas comparativas desde el punto de vista de la eficiencia en términos de carbono en la economía de la Unión y de mejorar la armonización de la asignación gratuita transitoria de los derechos de emisión.

[…]

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

(18) A fin de evitar el falseamiento de la competencia y de velar por el correcto funcionamiento del mercado del carbono, los Estados miembros deben velar por que, al determinar la asignación de las instalaciones individuales, no se produzca una doble contabilización ni dobles asignaciones. En este contexto, deben prestar especial atención a los casos en que un

producto referenciado se produce en más de una instalación, en que más de un producto referenciado se produce en la misma instalación o en que productos intermedios se intercambian entre diferentes instalaciones.»

10. El artículo 2 de esta Decisión, titulado «Ámbito de aplicación», establecía lo siguiente:

«La presente Decisión se aplicará a la asignación gratuita de derechos de emisión del capítulo III (instalaciones fijas) de la [Directiva 2003/87] en los períodos de comercio a partir de 2013 […].

11. El artículo 3 de la Decisión 2011/278 establecía:

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

b) "subinstalación con referencia de producto": las entradas, salidas y emisiones correspondientes ligadas a la producción de un producto respecto al cual se ha fijado un parámetro de referencia en el anexo I;

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;

d) "subinstalación con referencia de combustible": las entradas, salidas y emisiones correspondientes, fuera del ámbito de una subinstalación con referencia de producto, ligadas a la producción, mediante combustión de combustible, 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;

e) "calor medible": un flujo neto de calor transportado por tuberías o conductos identificables que utilizan un medio de transmisión de calor —en particular, vapor, aire caliente, agua, aceite, sales o metales líquidos—, para el que se ha instalado o podría instalarse un contador de energía térmica;

[…]

g) "calor no medible": todo calor distinto del calor medible;

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

   i) la reducción química o electrolítica de compuestos metálicos presentes en minerales, concentrados y materiales secundarios,

   ii) la eliminación de impurezas de los metales y compuestos metálicos,

   iii) la descomposición de carbonatos, excluidos los relacionados con la depuración de gases de combustión;

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

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

   vi) la reducción química o electrolítica de óxidos de metaloides o de no-metales, tales como óxidos de silicio y fosfatos;

   […]».

12. El artículo 10, apartado 8, de la Decisión 2011/278, titulado «Asignación a las instalaciones», disponía lo siguiente:

«Al determinar la cantidad anual total preliminar de derechos de emisión asignados gratuitamente a cada instalación, los Estados miembros velarán por que las emisiones no se contabilicen por duplicado y por que el resultado de la asignación no sea negativo […].»

13. La Decisión 2011/278 fue derogada con efectos a partir del 1 de enero de 2021 por el 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.[5] No obstante, con arreglo al artículo 27 de dicho Reglamento Delegado, la Decisión se había de seguir aplicando a las asignaciones relativas al período anterior al 1 de enero de 2021.

[5] DO 2019, L 59, p. 8.

B. Derecho alemán

1. Treibhausgas-Emissionshandelsgesetz

14. 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[6] (en lo sucesivo, «TEHG»), está redactado en los siguientes términos:

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

[…]»

15. El anexo 1, parte 2, de la TEHG, titulado «Actividades», menciona, por un lado, en su punto 1, entre las instalaciones cuyas emisiones están comprendidas en el ámbito de aplicación de esta Ley, las «unidades destinadas a la combustión de combustibles con una potencia térmica total de combustión igual o superior a 20 MW en una instalación, salvo si están comprendidas en alguno de los puntos siguientes».

2. Zuteilungsverordnung 2020

16. El artículo 2, puntos 27 y 29, del Verordnung über die Zuteilung von Treibhausgas-Emissionsberechtigungen in der Handelsperiode 2013 *bis* 2020 (Zuteilungsverordnung 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[7] (en lo sucesivo, «ZuV 2020») define los conceptos de «subinstalación con referencia de combustible» y de «subinstalación con emisiones de proceso» de forma similar al artículo 3, letras d) y h), de la Decisión 2011/278.

III. Hechos que originaron el litigio principal

17. Aurubis explota una instalación en Hamburgo (Alemania) que produce cobre primario. Dado que su actividad está comprendida en la categoría de actividades del anexo I, punto 6, de la Directiva 2003/87, «producción o transformación de metales no férreos […] cuando se explotan unidades de combustión con una potencia térmica nominal total […] superior a 20 MW», Aurubis está sujeta a la obligación de comercio de emisiones.

18. La instalación consta de dos subinstalaciones: la Rohhüttenwerk Nord y la Rohhüttenwerk Ost (RWO). El litigio principal se refiere solo a la segunda. La subinstalación RWO es una fundición en la que el cobre primario se produce mediante la fusión ultrarrápida del concentrado de cobre, aplicando el método conocido como Outokumpu («fundición flash»).[8] Sin embargo,

6 BGBl. 2011 I, p. 1475.

7 BGBl. 2011 I, p. 1921.

8 El nombre de este método se debe a una mina de cobre (actualmente en desuso) situada en Finlandia oriental, donde se desarrolló por primera vez este proceso de fundición para menas con contenido de azufre a finales de los años cuarenta del siglo XX.

según Aurubis, este método se perfeccionó merced a su propia labor de investigación y desarrollo, de manera que el horno de fusión ultrarrápida pudiese funcionar sin utilizar combustibles de carbono. [9]

19. En respuesta a la solicitud de la demandante de 20 de enero de 2012, mediante decisión de 17 de febrero de 2014, el DEHSt le asignó un total de 2 596 999 derechos de emisión gratuitos para el período comprendido entre los años 2013 y 2020.

20. La demandante interpuso un recurso administrativo el 14 de marzo de 2014. Mediante resolución de 3 de abril de 2018, el DEHSt resolvió el recurso administrativo y revocó parcialmente la decisión de asignación en la medida en que la asignación superaba los 1 784 398 derechos de emisión. Motivó su resolución alegando que en relación con una «subinstalación con referencia de combustible» no se podía tener en cuenta el concentrado de cobre, y este debía atribuirse a una «subinstalación con emisiones de proceso». Después de calcular de nuevo el derecho de asignación, el DEHSt reclamó 523 027 derechos.

21. La demandante interpuso contra la citada resolución un recurso contencioso-administrativo el 30 de abril de 2018 ante el tribunal remitente.

22. Según la petición de decisión prejudicial, Aurubis ha alegado ante el tribunal remitente que el concentrado de cobre que utiliza en el proceso de fusión ultrarrápida está compuesto por sulfuros de cobre y de hierro (30 % de cobre, de hierro y de azufre, respectivamente). Asimismo, el concentrado contiene trazas de carbono y de otros metales. A fin de obtener cobre primario, dicho concentrado se mezcla primero con arena y otras sustancias, que en ocasiones contienen también cantidades muy pequeñas de carbono. El preparado así obtenido se introduce en el horno de fusión ultrarrápida con una mezcla de aire y oxígeno. Debido a la reacción química entre el oxígeno y el azufre contenido en el concentrado de cobre, la temperatura del horno supera los 1 200º C, lo que a su vez produce la licuación del concentrado de cobre. La arena también se calienta, y las masas de hierro bruto se licuan igualmente. En el proceso no se utilizan combustibles fósiles.

23. Según la petición de decisión prejudicial, las sustancias así obtenidas son mate (una mezcla de sulfuro de cobre y de hierro), silicato de hierro (como escoria) y dióxido de azufre (SO_2). A continuación, este mate se introduce en un transformador, en el que las partes restantes de azufre y hierro también se oxidan insuflándoles una mezcla de aire y oxígeno. Con esta operación también se genera calor. El producto de esta fase, conocido como «cobre ampollado», se introduce en un horno de ánodos, donde las partes restantes de azufre se transforman en SO_2 por combustión. De este modo se obtiene el producto final, el cobre primario.

24. En consecuencia, en este proceso no se utilizan combustibles fósiles. Así pues, a diferencia de otros productores de cobre que utilizan combustibles carbónicos, como fuelóleo pesado o gas natural, el proceso desarrollado y aplicado por Aurubis constituye un avance en cuanto a protección del clima. No obstante, aunque este proceso normalmente genera SO_2 en lugar de dióxido de carbono (CO_2), el horno en cuestión emite pequeñas cantidades de este último gas a la atmósfera, por la presencia de mínimas cantidades de carbono en el concentrado de cobre. El concentrado de cobre utilizado contenía carbono en una proporción aproximada del 0,7 % en masa. Por lo tanto, la RWO emite 0,026 toneladas de CO_2 por tonelada de concentrado de cobre, es decir, una media de 29 024 toneladas de CO_2 al año.

[9] Véase el punto 8 de las observaciones escritas de Aurubis.

25. Aurubis alega que la asignación gratuita de derechos de emisión debería basarse en el artículo 2, punto 27, del ZuV 2020 y en el artículo 3, letra d), de la Decisión 2011/278, ya que el azufre que se quema en el horno de fusión ultrarrápida es un «combustible» a este respecto. La calificación de un insumo como combustible no presupone que el fin principal de su utilización sea la producción de calor o que se trate de un combustible ordinario, como el carbón, el petróleo o el gas natural. En el concentrado de cobre, el componente de cobre es la materia prima, y el componente de azufre, el combustible.

26. Asimismo, Aurubis aduce que la demandada siempre ha partido de una relación jerárquica entre los tres métodos denominados «fall back». En opinión de Aurubis, al cumplirse los requisitos de una «subinstalación con referencia de combustible», está fuera de lugar una asignación basada en las emisiones de proceso. Por otro lado, para que se cumpliesen los requisitos de una «subinstalación de emisiones de proceso» sería necesaria una relación causal directa e inmediata entre la emisión de CO_2 y el método aplicado. No sucede así con el método «Outokumpu».

27. En consecuencia, Aurubis solicita la anulación de la resolución de 3 de abril de 2018 y la asignación de derechos adicionales de emisión correspondientes a los años 2013 a 2020.

28. Según la República Federal de Alemania, para que exista una «subinstalación con referencia de combustible» a efectos del artículo 2, punto 27, del ZuV 2020 y del artículo 3, letra d), de la Decisión 2011/278 es necesario que el fin principal del uso del material de que se trate sea la generación de calor. En su opinión, no es este el caso de la planta RWO, pues el concentrado de cobre es una materia prima, y el fin principal de su utilización es la producción de cobre primario. Por otro lado, este concentrado no se quema totalmente durante el proceso, al contrario de lo que se presume cuando se calcula la referencia de combustible. Además, los combustibles en el sentido de la referencia de combustible se pueden sustituir por otros combustibles, en particular por gas natural.

29. El tribunal remitente señala, para empezar, que considerar la RWO como una «subinstalación con referencia de combustible» equivaldría a calificar el concentrado de cobre (o la fracción de azufre que contiene) como «combustible».

30. Ese órgano jurisdiccional observa que, en el apartado 53 la sentencia de 20 de junio de 2019 (C-682/17, EU:C:2019:518), el Tribunal de Justicia declaró que el artículo 3, letra t), de la Directiva 2003/87 no limita el concepto de combustión a las reacciones de oxidación que producen por sí mismas un gas de efecto invernadero. Sin embargo, esta interpretación del Tribunal de Justicia no es necesariamente decisiva para la interpretación del alcance del concepto de «combustible» a efectos del artículo 3, letra d), de la Decisión 2011/278.

31. En particular, es necesario dilucidar si una asignación basada en la referencia de combustible presupone que el objetivo principal de la combustión sea la generación de calor. No obstante, en el presente asunto es importante el hecho de que el concentrado de cobre sirve tanto de materia prima como de combustible. Tampoco aclara la jurisprudencia del Tribunal de Justicia si la existencia de un combustible en el sentido de la referencia de combustible mencionada en la Decisión 2011/278 exige que el combustible utilizado sea intercambiable.

32. Por último, el tribunal remitente señala que el tercer período de comercio terminó el 31 de diciembre de 2020. Afirma que, conforme a la jurisprudencia alemana, al concluir el primer y el segundo período de comercio, en defecto de toda disposición transitoria expresa en el

Derecho nacional, el 30 de abril siguiente al final de cada período de comercio se extinguían los derechos a asignaciones que aún no se hubiesen pagado. Tampoco contiene la legislación nacional ninguna disposición transitoria respecto al tercer período de comercio. Las autoridades alemanas desestimaron aprobar tales disposiciones por el motivo de que las normas relativas al cuarto período de comercio (2021-2030) habían sido establecidas exclusivamente por la legislación de la Unión, y la compensación por derechos que se hiciesen extensivos a más de un período solo sería lícita si estuviese prevista en la citada legislación.

33. Según el tribunal remitente, ninguno de los actos de la Unión relevantes contiene una disposición relativa a la compensación de derechos que abarque varios períodos. Además, no se ha constituido ninguna provisión para reservas de cuota específicas en prevención de futuras resoluciones judiciales. Dicho esto, a favor del argumento según el cual la transición del tercer período al cuarto no extingue los derechos de asignación no concedidos a 31 de diciembre de 2020, cabría aducir que la Decisión 2015/1814[10] dispone que determinados derechos de emisión no asignados aún en esa fecha deberán incorporarse a la «reserva de estabilidad del mercado».

IV. Cuestiones prejudiciales y procedimiento ante el Tribunal de Justicia

34. En estas circunstancias, el Verwaltungsgericht Berlin (Tribunal de lo Contencioso-Administrativo de Berlín), mediante resolución de 11 de junio de 2020, recibida en el Tribunal de Justicia el 19 de junio de 2020, decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

«1) ¿Se cumplen los requisitos del artículo 3, letra d), de la [Decisión 2011/278] para la asignación gratuita de derechos de emisión con base en una subinstalación con valor de emisiones de combustible cuando, en una instalación para la producción de metales no ferrosos del anexo I de la Directiva 2003/87, se utiliza en un horno de fusión ultrarrápida para la producción de cobre primario un concentrado de cobre que contiene azufre y el calor no medible preciso para fundir el mineral de cobre contenido en el concentrado se genera esencialmente por oxidación del azufre contenido en el concentrado, de modo que el concentrado de cobre se utiliza como fuente de materia prima y como material combustible para producir calor?

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

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

35. Han presentado observaciones escritas Aurubis, la República Federal de Alemania y la Comisión. Además, esos mismos intervinientes formularon observaciones orales en la vista celebrada el 19 de mayo de 2021.

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

V. Análisis

A. Primera cuestión prejudicial

36. En el contexto del litigio del que conoce, el tribunal remitente debe decidir si la actividad consistente en la producción de cobre primario en un horno de fusión ultrarrápida aplicando el método «Outokumpu» cumple los requisitos de una «subinstalación con referencia de combustible». En consecuencia, la primera cuestión prejudicial se refiere a la interpretación del artículo 3, letra d), de la Decisión 2011/278, que define este concepto para el período de comercio comprendido entre los años 2013 y 2020.

37. Las peculiaridades del proceso del que se trata en el procedimiento principal generan dificultades para la interpretación del concepto de «subinstalación con referencia de combustible» que contiene el artículo 3, letra d), de la Decisión 2011/278, desde un triple punto de vista. En primer lugar, la sustancia empleada es tanto una materia prima como un combustible. Además, se trata de una materia prima hipocarbónica sujeta a reacción autotérmica. En consecuencia, no existe una fuente *externa* de calor y no hay insumo de combustibles hipercarbónicos. En segundo lugar, la combustión del combustible utilizado es solo parcial. En tercer lugar, la producción de calor no es necesariamente el fin principal para el que se utiliza el material.

38. Sin embargo, por las razones que expongo a continuación, no creo que estas peculiaridades se opongan al cumplimiento de los requisitos del artículo 3, letra d), de la Decisión 2011/278 cuando, en una instalación para la producción de metales no ferrosos, se utiliza en un horno de fusión ultrarrápida para la producción de cobre primario un concentrado de cobre que contiene azufre y el calor no medible preciso para fundir el mineral de cobre contenido en el concentrado se genera esencialmente por oxidación del azufre contenido en el concentrado.

39. Esta interpretación se basa en los métodos tradicionales de interpretación aplicados por el Tribunal de Justicia en relación con el régimen para el comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero, es decir, atendiendo no solo al tenor del artículo 3, letra d), de la Decisión 2011/278, sino también a la estructura general de la Directiva 2003/87 y de la Decisión 2011/278 y a los objetivos perseguidos por ellas.[11] Propongo examinar ahora una a una estas razones.

1. Interpretaciones literal y sistemática

40. En primer lugar, procede observar que, aunque la Decisión 2011/278 no define el concepto de «combustible», su artículo 3, letra d), sí define el concepto de «subinstalación con referencia de combustible».

41. De conformidad con esta disposición, existe una «subinstalación con referencia de combustible» cuando «las entradas, salidas y emisiones correspondientes [quedan] fuera del ámbito de una subinstalación con referencia de producto [y están] ligadas a la producción, mediante combustión de combustible, de calor no medible consumido para la producción de productos […]».

[11] Véanse, en este sentido, las sentencias de 18 de enero de 2018, INEOS (C-58/17, EU:C:2018:19), apartados 34 y 35, y de 3 de diciembre de 2020, Ingredion Germany (C-320/19, EU:C:2020:983), apartados 49 y 50.

42. De esta definición se deduce que el concepto de «combustión» puede ser relevante para especificar el de «combustible» utilizado en el artículo 3, letra d), de la Decisión 2011/278. Sin embargo, la «combustión» se define en el artículo 3, letra t), de la Directiva 2003/87 como «toda oxidación de combustibles, cualquiera que sea el uso del calor […] [producido] por este proceso, y cualquier otra actividad directamente asociada […]». Por otro lado, en el asunto que dio lugar a la sentencia de 20 de junio de 2019, ExxonMobil Production Deutschland (C-682/17, EU:C:2019:518), el Tribunal de Justicia aclaró que el artículo 3, letra t), de la Directiva 2003/87 no limita el concepto de combustión a las reacciones de oxidación que producen por sí mismas un gas de efecto invernadero. [12]

43. Tal como explicó el Abogado General Saugmandsgaard Øe en sus conclusiones presentadas en dicho asunto, los trabajos preparatorios pertinentes confirman que el artículo 3, letra t), de la Directiva 2003/87 se introdujo con la intención de consagrar una definición amplia del concepto de «combustión» que abarcase toda oxidación de combustibles, cualquiera que fuera su objetivo. [13]

44. En este contexto, procede señalar que las dos disposiciones de la legislación pertinente referidas al concepto de «combustible» no limitan en absoluto el sentido de este término en cuanto a su composición o naturaleza, a la cantidad de carbono que ha de contener, a la forma en que ha de producirse la ignición, al porcentaje de combustible que se ha de utilizar en el proceso ni a la finalidad con la que se utiliza el material que contiene el combustible. A diferencia de las disposiciones del artículo 3, letra h), inciso v), de la Decisión 2011/278 (que expresamente se refiere al uso de aditivos o materias primas que contienen carbono para una finalidad primaria distinta de la generación de calor), el artículo 3, letra d), de la Decisión 2011/278 parece requerir solamente que las entradas, salidas y emisiones correspondientes estén ligadas a la producción, mediante combustión de combustible, de calor no medible consumido para la producción de productos.

45. Los objetivos perseguidos por la Directiva 2003/87 y la Decisión 2011/278 confirman esta concreta interpretación.

2. Interpretación teleológica

46. Según se desprende de reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el objeto de la Directiva 2003/87 es el establecimiento de un régimen para el comercio de derechos de emisión que persigue la reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero en la atmósfera a un nivel que impida interferencias antropogénicas peligrosas en el sistema climático y cuyo objetivo último es la protección del medio ambiente. [14] No obstante, este régimen se basa en una lógica económica que estimula a cualquiera de sus participantes a emitir una cantidad de gases de efecto invernadero inferior a los derechos de emisión que inicialmente le fueron asignados, con el fin de transmitir el excedente a otro participante que haya producido una cantidad de emisiones superior a los derechos de emisión asignados. [15]

[12] Apartado 53.

[13] Conclusiones del Abogado General Saugmandsgaard Øe presentadas en el asunto ExxonMobil Production Deutschland (C-682/17, EU:C:2019:167), punto 44.

[14] Véanse, en este sentido, las sentencias de 20 de junio de 2019, ExxonMobil Production Deutschland (C-682/17, EU:C:2019:518), apartado 62, y de 3 de diciembre de 2020, Ingredion Germany (C-320/19, EU:C:2020:983), apartado 38.

[15] Véanse, en este sentido, las sentencias de 8 de marzo de 2017, ArcelorMittal Rodange et Schifflange (C-321/15, EU:C:2017:179), apartado 22; de 20 de junio de 2019, ExxonMobil Production Deutschland (C-682/17, EU:C:2019:518), apartado 63, y de 3 de diciembre de 2020, Ingredion Germany (C-320/19, EU:C:2020:983), apartado 39.

47. Dicho de otro modo, el régimen para el comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero es una herramienta económica para la protección del medio ambiente basada en el principio de «quien contamina paga». El objetivo de este instrumento es que disminuya el *nivel mundial* de contaminación. En consecuencia, la Decisión 2011/278 debe interpretarse, en la medida de lo posible, de manera que recompense (en lugar de penalizar) a una empresa que haya mitigado y reducido las emisiones de gases de efecto invernadero.

48. A este respecto, no se ha de subestimar el mecanismo de incentivos que subyace al régimen de comercio de derechos de emisión. Una de sus funciones es alentar las inversiones destinadas a reducir las emisiones de dióxido de carbono de forma económicamente eficiente, impulsando así la innovación hipocarbónica que contribuya a combatir el cambio climático. [16] Este mecanismo de incentivos es la manifiesta intención del legislador de la Unión, que en el artículo 10 *bis*, apartado 1, de la Directiva 2003/87 especificó que la asignación ha de producirse «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, los productos de sustitución [y] los procedimientos alternativos de producción». El considerando 1 de la Decisión 2011/278 llama la atención específicamente sobre este aspecto del régimen.

49. No obstante, como ya he señalado, esta es la lógica económica que subyace a un régimen que estimula a sus participantes a emitir una cantidad de gases de efecto invernadero inferior a los derechos de emisión que inicialmente le fueron asignados, con el fin de transmitir el excedente a otro participante que haya producido una cantidad de emisiones superior a los derechos de emisión asignados. De este modo, el segundo participante no reducirá sus emisiones, pero tendrá que pagar por ellas y, sobre todo, se alcanzará el objetivo general (pues el primer participante habrá reducido las suyas), merced a una inversión cuyos efectos positivos sobre el medio ambiente continuarán tras la total supresión de las asignaciones gratuitas. [17] Hasta ese momento, la retención de derechos de emisión no es una forma de permitir la contaminación, [18] sino que la obtención de un beneficio con la venta de los derechos no utilizados forma parte, en realidad, del sistema de incentivos establecido por el régimen de comercio de derechos de emisión. [19]

50. En tales circunstancias, considero que los objetivos perseguidos por la Directiva 2003/87 y la Decisión 2011/278 obligan a rechazar una interpretación que excluya del concepto de «combustible» a efectos del artículo 3, letra d), de la Decisión 2011/278 un concentrado como el controvertido en el procedimiento principal *solamente* porque su combustión sea meramente parcial o porque la finalidad de su utilización no sea principalmente producir calor, aunque, en primer lugar, no se discuta que el proceso aplicado implica la producción de calor no medible mediante un fenómeno de combustión y, en segundo lugar, y más importante, el proceso constituya una innovación que garantice una reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero o, al menos, pueda tener cierto potencial de reducción de las emisiones de CO_2. [20]

[16] Véanse, en este sentido, las sentencias de 12 de abril de 2018, PPC Power (C-302/17, EU:C:2018:245), apartado 27, y de 21 de junio de 2018, Polonia/Parlamento y Consejo (C-5/16, EU:C:2018:483), apartado 61.

[17] El principio según el cual las emisiones gratuitas de derechos de emisión se abolirán completamente en 2027 quedó consagrado en el artículo 10 *bis*, apartado 11, de la Directiva 2003/87, en la versión aplicable en el presente asunto. Sin embargo, este principio ha sido cuestionado por las modificaciones realizadas 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.

[18] Véase, en este sentido (implícitamente), la sentencia de 17 de octubre de 2013, Billerud Karlsborg y Billerud Skärblacka (C-203/12, EU:C:2013:664), apartado 32.

[19] Véase, en ese sentido, la sentencia de 12 de abril de 2018, PPC Power (C-302/17, EU:C:2018:245), apartado 27.

[20] Según entiendo el proceso controvertido, a tenor de las explicaciones de Aurubis y el tribunal remitente en su petición de decisión prejudicial y, por lo tanto, a reserva de la comprobación por este.

51. En contra de esta interpretación, la Comisión y la República Federal de Alemania alegan que existe un riesgo de solapamiento y doble contabilización de las emisiones, algo que está prohibido por diversas disposiciones de la Directiva 2011/278.[21] En la vista de 19 de mayo de 2021, el representante de la República Federal de Alemania puso de relieve la ausencia de criterios en la Decisión 2011/278 que, en casos «duales», permitan diferenciar entre lo que es un combustible y lo que constituye una materia prima.

52. Por mi parte, no comparto este temor. En efecto, recientemente he explicado en mis conclusiones presentadas el 3 de junio de 2021 en el asunto ExxonMobil (C-126/20, EU:C:2021:457), por qué considero que sería contrario a la sistemática del artículo 10 *bis* de la Directiva 2003/87 y de la Decisión 2011/278 no aplicar la jerarquía entre las diferentes referencias expresamente descritas en el considerando 12 de la Decisión 2011/278.[22]

53. Por lo tanto, a este respecto solamente quisiera señalar que, aun cuando el Tribunal de Justicia ya ha declarado en múltiples ocasiones que las definiciones de las subinstalaciones con distintas referencias se excluyen entre sí,[23] también ha aclarado que la Decisión 2011/278 ha establecido «*una jerarquía de tres enfoques alternativos* a fin de maximizar las reducciones de emisiones de gases de efecto invernadero y el ahorro de energía al menos en alguna parte de los procesos de producción en cuestión».[24] En consecuencia, ha quedado patente que «únicamente en los casos en que no haya sido posible obtener una referencia de producto, pero se generan gases de efecto invernadero que podrían optar a la asignación gratuita de derechos de emisión, estos derechos deben asignarse sobre la base de los otros tres enfoques llamados "alternativos", *según la jerarquía así establecida*».[25] La sola existencia de esta jerarquía aboga en contra del riesgo de doble contabilización.

3. Conclusión sobre la primera cuestión prejudicial

54. En consecuencia, atendiendo a una interpretación literal, sistemática y teleológica del artículo 3, letra d), de la Decisión 2011/278, concluyo que la citada disposición debe interpretarse en el sentido de que los requisitos para la asignación gratuita de derechos de emisión basada en una «subinstalación con referencia de combustible» se cumplen cuando, en una instalación para la producción de metales no ferrosos con arreglo al anexo I de la Directiva 2003/87, se utiliza en un horno de fusión ultrarrápida para la producción de cobre primario un concentrado de cobre que contiene azufre y el calor no medible preciso para fundir el mineral de cobre contenido en el concentrado se genera esencialmente por oxidación del azufre contenido en el concentrado, de modo que el concentrado de cobre se utiliza como fuente de materia prima y como material combustible para producir calor.

[21] Véanse, a este respecto, los artículos 6, apartado 2; 7, apartado 7, y 8, apartado 5, de la Decisión 2011/278 y la sentencia de 8 de septiembre de 2016, Borealis y otros (C-180/15, EU:C:2016:647), apartados 69 y 70.

[22] Véanse mis conclusiones presentadas el 3 de junio de 2021 en el asunto ExxonMobil (C-126/20, EU:C:2021:457), puntos 79 a 87.

[23] Véanse, en este sentido, las sentencias de 8 de septiembre de 2016, Borealis y otros (C-180/15, EU:C:2016:647), apartado 62; de 18 de enero de 2018, INEOS (C-58/17, EU:C:2018:19), apartado 29; de 20 de junio de 2019, ExxonMobil Production Deutschland (C-682/17, EU:C:2019:518), apartado 104, y de 3 de diciembre de 2020, Ingredion Germany (C-320/19, EU:C:2020:983), apartado 68.

[24] Sentencia de 8 de septiembre de 2016, Borealis y otros (C-180/15, EU:C:2016:647), apartado 67. El subrayado es mío.

[25] Sentencia de 18 de enero de 2018, INEOS (C-58/17, EU:C:2018:19), apartado 30. El subrayado es mío.

B. Segunda cuestión prejudicial

55. Mediante su segunda cuestión prejudicial, el tribunal remitente desea que se dilucide si los derechos de asignación de derechos de emisión gratuitos correspondientes al tercer período de comercio, reconocidos por un tribunal solamente después de concluido dicho período, pueden satisfacerse con derechos de emisión gratuitos correspondientes al cuarto período.

56. Esta cuestión es exactamente la misma que la quinta cuestión prejudicial en el asunto ExxonMobil (C-126/20).

57. Conforme a mi análisis realizado en las conclusiones que presenté en aquel asunto, concluyo que la respuesta a esta cuestión prejudicial debe ser afirmativa. Dado que el Tribunal de Justicia todavía no ha dictado sentencia, respetuosamente mantengo esta interpretación y me tomo la libertad de remitirme a mis previas conclusiones para más detalles. [26]

VI. Conclusión

58. Por consiguiente, a la luz de todas las consideraciones precedentes, propongo al Tribunal de Justicia que responda del modo siguiente a las cuestiones planteadas por el Verwaltungsgericht Berlin (Tribunal de lo Contencioso-Administrativo de Berlín, Alemania):

«1) El artículo 3, letra d), 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, debe interpretarse en el sentido de que los requisitos para la asignación gratuita de derechos de emisión basada en una "subinstalación con referencia de combustible" se cumplen cuando, en una instalación para la producción de metales no ferrosos con arreglo al anexo I de la Directiva 2003/87 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, se utiliza en un horno de fusión ultrarrápida para la producción de cobre primario un concentrado de cobre que contiene azufre y el calor no medible preciso para fundir el mineral de cobre contenido en el concentrado se genera esencialmente por oxidación del azufre contenido en el concentrado, de modo que el concentrado de cobre se utiliza como fuente de materia prima y como material combustible para producir calor.

2) Los derechos de asignación adicional de derechos de emisión gratuitos correspondientes al tercer período de comercio, una vez haya finalizado este, pueden satisfacerse con derechos correspondientes al cuarto período de comercio cuando la existencia de tal derecho de asignación adicional no se determine judicialmente hasta después de la finalización del tercer período de comercio. Los derechos de emisión correspondientes al tercer período de comercio no se extinguen con el final de dicho período.»

[26] Véanse mis conclusiones presentadas el 3 de junio de 2021 en el asunto ExxonMobil (C-126/20, EU:2021:C:2021:457), puntos 89 a 98.