

3-2012
Mayo, 2012

**NOVEDADES EN EL SECTOR DE LA PRODUCCIÓN DE
BIOCARBURANTES INTRODUCIDAS POR LA ORDEN IET/822/2012, DE 20
DE ABRIL, POR LA QUE SE REGULA LA ASIGNACIÓN DE CANTIDADES
DE PRODUCCIÓN DE BIODIÉSEL PARA EL CÁLCULO DEL
CUMPLIMIENTO DE LOS OBJETIVOS OBLIGATORIOS DE
BIOCARBURANTES**

El pasado 21 de abril se ha publicado en el Boletín Oficial del Estado (“BOE”) la Orden IET/822/2012, de 20 de abril, del Ministerio de Industria, Energía y Turismo, por la que se regula la asignación de cantidades de producción de biodiésel para el cómputo del cumplimiento de los objetivos obligatorios de biocarburos (“Orden IET/822/2012”).

La entrada en vigor de la Orden IET/822/2012 se ha producido al día siguiente de su publicación en el BOE, esto es, el 22 de abril de 2012, enmarcándose su aprobación, según la vicepresidenta del Gobierno, Soraya Sáez de Santamaría, dentro de las acciones que España ha emprendido contra la decisión del Ejecutivo de Cristina Fernández de Kirchner de expropiar el 51 % de las acciones de YPF¹.

¹ La presente nota no ha valorado la veracidad del contenido de las noticias publicadas recientemente en prensa sobre el proceso de expropiación de las acciones de YPF.

A este respecto, cabe citar, entre otras y sin carácter limitativo, las noticias publicadas en:

- <http://www.larazon.es/noticia/3904-el-futuro-del-biodiesel-pendiente-de-un-hilo>
- http://www.economistas.org/Contenido/Consejo/ResumenPrensa/9_ABRIL/23.04.12/3_argent.pdf
- http://www.cinco dias.com/articulo/empresas/fabricantes-espanoles-satisfechos-volver-competencia-justa/20120421cdsdiemp_5/
- http://economia.elpais.com/economia/2012/04/20/actualidad/1334935253_394110.html
- <http://www.expansion.com/2012/04/22/opinion/editorialylaves/1335126234.html>
- http://www.expansion.com/agencia/europa_press/2012/04/20/20120420192025.html
- <http://www.elmundo.es/america/2012/04/16/argentina/1334590851.html>
- <http://www.elmundo.es/america/2012/04/26/argentina/1335413975.html?a=553791cd7ecb14331867f79e30aefa54&t=1335425819&numero=>
- http://internacional.elpais.com/internacional/2012/04/26/actualidad/1335422122_319260.html
- <http://www.expansion.com/2012/04/26/empresas/energia/1335414277.html>

El objeto de la presente Orden IET/822/2012 consiste en regular el procedimiento de asignación de cantidades de producción del biodiésel apto para el cómputo del cumplimiento de los objetivos obligatorios de biocarburantes para un período de dos años, susceptibles de prórroga por otros dos. De este modo, la acreditación de la asignación de cantidades de producción de biodiésel a través de este procedimiento se constituye como un requisito previo para la expedición de certificados de biocarburantes por la entidad de certificación, a saber, la Comisión Nacional de Energía (“CNE”).

La presente nota contextualiza la aprobación de la Orden IET/822/2012 a través de un breve análisis de los antecedentes normativos y de los últimos acontecimientos internacionales. Asimismo, en la nota se contiene una descripción de las principales medidas introducidas por la citada Orden, en especial, en cuanto al procedimiento de asignación referido, sus plazos y los requisitos a acreditar por los participantes en dicho procedimiento. Finalmente, se recogen posibles incertidumbres y riesgos que, tras la aprobación de la citada Orden y en la coyuntura actual, se plantean en torno a la producción de biodiésel en España.

1. CONTEXTO DE LA APROBACIÓN DE LA ORDEN IET/822/2012

La Directiva 2009/28/CE, de 23 de abril de 2009, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa al fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables y por la que se modifican y derogan las Directivas 2001/77/CE y 2003/30/CE, en relación con los objetivos globales nacionales obligatorios y medidas para el uso de la energía procedente de fuentes renovables, establece en su artículo 3 que cada Estado miembro velará porque la cuota de energía procedente de fuentes renovables en todos los tipos de transporte en 2020 sea como mínimo equivalente al 10 % de su consumo final de energía en el transporte.

En cumplimiento de lo anterior, en el ámbito nacional se han fijado los objetivos anuales de biocarburantes y otros combustibles renovables con fines de transporte. En primer lugar, la Disposición adicional decimosexta de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, de Hidrocarburos (“LH”)² establece dichos objetivos anuales obligatorios a partir de 2009. Estos objetivos se concretan en contenidos energéticos mínimos en relación con las gasolinas y gasóleos comercializados con fines de transporte. Así, para el año 2008 se fija un objetivo global del 1,9 %, para 2009 el mismo se eleva a 3,4 %³ y finalmente en 2010 el objetivo global se establece en 5,83 %⁴. A este respecto debe notarse que el objetivo anual para el año 2008 tenía carácter indicativo, mientras que los objetivos establecidos para 2009 y 2010 eran obligatorios.

² La Disposición adicional decimosexta de la LH fue introducida por la Ley 12/2007, de 2 de julio, por la que se modifica la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, con el fin de adaptarla a lo dispuesto en la Directiva 2003/55/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2003, sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural.

³ De acuerdo con el Informe anual sobre el uso de biocarburantes correspondiente al ejercicio 2009, de 3 de febrero de 2011, de la CNE, el objetivo global del 3,4 % para 2009 únicamente se cumplió en el mes de julio.

⁴ De conformidad con el Informe anual sobre el uso de biocarburantes correspondiente al ejercicio 2010, de 19 de enero de 2012, de la CNE, el objetivo global se superó en tres meses (octubre, noviembre y diciembre).

En segundo lugar, el Real Decreto 459/2011, de 1 de abril, por el que se fijan los objetivos obligatorios de biocarburantes para los años 2011, 2012 y 2013, establece que los sujetos obligados deberán acreditar anualmente ante la entidad de certificación la titularidad de una cantidad mínima de certificados de biocarburantes que permitan cumplir los siguientes objetivos: en 2011, un 6,2 %, en 2012, un 6,5 % y en 2013, un 6,5 %. Por su parte, los objetivos de biocarburantes en diesel para los mismos años son de 6,0 %, 7,0 % y 7,0 %, respectivamente⁵.

Asimismo, la citada Disposición adicional decimosexta de la LH habilita al Ministerio de Industria, Turismo y Comercio (actualmente, Ministerio de Industria, Energía y Turismo) a dictar las disposiciones necesarias para regular el mecanismo de fomento de la incorporación de biocarburantes y otros combustibles renovables con fines de transporte. En ejercicio de dicha habilitación, se aprobó la Orden IET/2877/2008, de 9 de octubre, por la que se establece un mecanismo de fomento del uso de biocarburantes y otros combustibles renovables con fines de transporte, que si bien mantiene los objetivos globales establecidos en la LH⁶, fija objetivos mínimos por producto por debajo del objetivo global fijado por la LH⁷, así como un sistema de certificación y pagos compensatorios gestionado por la CNE, estableciendo la obligación de acreditación de una cantidad mínima anual de ventas o consumos de biocarburantes para ciertos sujetos⁸.

Junto con la Orden ITC/2877/2008, ya desde el año 2010 se encontraba en preparación un Proyecto de Orden cuyo contenido resulta similar al de la Orden actualmente aprobada. Dicho Proyecto de Orden fue informado favorablemente por la CNE con fecha 29 de diciembre de 2010⁹. En este sentido, según indica el propio Informe de la CNE, el objeto de

⁵ No se dispone de datos oficiales sobre el cumplimiento de los objetivos de biocarburantes en diesel para estos años.

⁶ Esto es, 1,9 %, 3,4 % y 5,83 % en 2008, 2009 y 2010, respectivamente.

⁷ Los objetivos de biocarburantes en diesel para los años 2008, 2009 y 2010 son de 1,9 %, 2,5 % y 3,9 % respectivamente. Según el Informe anual sobre el uso de biocarburantes correspondiente al ejercicio 2009, en ese año el objetivo individual de biocarburantes en diésel se alcanzó mayoritariamente, con la excepción de los meses de enero, septiembre, octubre y noviembre. En cuanto al año 2010, de conformidad con el Informe correspondiente de la CNE, el objetivo de biocarburantes en diésel se superó mensualmente durante todo el año.

⁸ En desarrollo de lo dispuesto en la Orden ITC/2877/2008, la CNE ha dictado las siguientes circulares:

- Circular 2/2009, de 26 de febrero, por la que se regula la puesta en marcha y gestión del mecanismo de fomento de uso de biocarburantes y otros combustibles renovables con fines de transporte, en la que se establecen las normas de organización y funcionamiento del mecanismo de certificación de biocarburantes y otros combustibles renovables vendidos o consumidos con fines de transporte.
- Circular 1/2010, de 25 de marzo, por la que se regulan los procedimientos de constitución, gestión y reparto del fondo de pagos compensatorios del mecanismo de fomento del uso de biocarburantes y otros combustibles renovables con fines de transporte, a través de la cual se establecen los procedimientos para la constitución, gestión y reparto del fondo de pagos compensatorios del mecanismo de fomento del uso de biocarburantes y otros combustibles renovables con fines de transporte.

⁹ Informe de 29 de diciembre de 2010, de la CNE, sobre el Proyecto de Orden Ministerial por la que se establece un procedimiento de asignación de cantidades de producción de biodiésel para el cómputo del cumplimiento de los objetivos obligatorios de biocarburantes de los años 2011 y 2012 (**"Informe de 29 de diciembre de 2010 de la CNE"**).

la Orden proyectada es “*en esencia, evitar posibles conductas anticompetitivas o distorsiones comerciales del biodiésel originario de países distintos a los de la Unión Europea (UE), que impedirían la competencia en igualdad de condiciones, perjudicando o impidiendo la viabilidad económica del sector productivo nacional*”.

En este contexto, la Orden aprobada el pasado 20 de abril de 2012 tiene por objeto, en palabras de la vicepresidenta del Gobierno, “*un apoyo a las operaciones de refino por parte de las empresas españolas y comunitarias, de manera que el sector se sitúe en una situación adecuada para poder ofrecer biodiésel en condiciones competitivas*”. A este respecto, Argentina e Indonesia son los mayores exportadores de biodiésel a España, alcanzando entre ambos países el 80 % de las compras de biodiésel de España en 2011. Desde 2009, estos países gravan en menor medida el biodiésel que la soja (materia prima utilizada para la fabricación del biodiésel), de tal forma que resulta más rentable comprar el biodiésel que la soja. Así se observa que, si bien el consumo de biodiésel en España creció en 2011 en un 21 % con respecto a 2010, según datos de APPA¹⁰ Biocarburantes, la producción nacional disminuyó en un 46 % con respecto a ese mismo año.

2. CONTENIDO DE LA ORDEN IET/822/2012

Tal y como se ha puesto de manifiesto, la Orden IET/822/2012 regula el procedimiento de asignación de cantidades de producción de biodiésel apto para el cómputo del cumplimiento de los objetivos obligatorios de biocarburantes (en lo sucesivo, el “**procedimiento de asignación**”). La acreditación de la asignación de cantidades de producción de biodiésel a través del procedimiento regulado en la presente Orden se configura como requisito previo para la expedición de certificados de biocarburantes por la CNE como entidad de certificación¹¹.

Con carácter adicional, mediante la presente Orden se ha procedido a formular la convocatoria y a establecer el plazo de presentación de las solicitudes de asignación de cantidades de producción de biodiésel.

¹⁰ Asociación de Productores de Energías Renovables.

¹¹ De acuerdo con el artículo 6 de la Orden ITC/2877/2008, “*se designa a la Comisión Nacional de la Energía como entidad responsable de la expedición de certificados de biocarburantes, de la gestión del mecanismo de certificación, así como de la supervisión y control de la obligación*”.

La Orden IET/822/2012 fija en **5 millones de toneladas al año**¹² la cantidad anual máxima total de biodiésel que será objeto del procedimiento de asignación. Asimismo, debe notarse que el procedimiento de asignación previsto no será de aplicación en el caso de que las solicitudes de asignación de cantidades que cumplieran los requisitos establecidos en la Orden, y que se detallarán a continuación, no superen los 2 millones de toneladas anuales¹³.

A continuación se procede a detallar las principales cuestiones relativas al procedimiento de asignación, sin ánimo de hacer una reproducción de la Orden, con un análisis de los sujetos que pueden solicitar la citada asignación, el plazo y requisitos de la solicitud, criterios en base a los cuales se decidirá la asignación de cantidades de producción del biodiésel, el procedimiento de asignación definitiva de las mismas y el ámbito temporal de dicha asignación. Asimismo, en la presente nota se recogen las principales obligaciones de los promotores que resulten asignados y la regulación de las situaciones denominadas excepcionales. En el mismo sentido, se analizan las condiciones que deben ser acreditadas para obtener la certificación de los biocarburantes.

Finalmente, la presente nota contiene un cuadro-resumen en el que se recoge la tramitación a seguir para la asignación de cantidades de producción de biodiésel para el cómputo del cumplimiento de las obligaciones de biocarburantes.

2.1 ¿Quién puede solicitar la asignación de cantidades de producción del biodiésel?

La asignación de una cantidad anual de producción de biodiésel para el cómputo del cumplimiento de las obligaciones de biocarburantes podrá ser solicitada por los titulares de plantas o unidades de producción de este producto susceptible de ser empleado como carburante o ser incorporado al gasóleo de automoción **que estén ubicadas en España o en otro Estado miembro de la Unión Europea**¹⁴.

La cantidad susceptible de asignación a cada titular tiene como límite máximo **la cantidad máxima equivalente a la capacidad productiva anual autorizada y técnicamente acreditada como operativa de cada una de las plantas de su titularidad.**

¹² De acuerdo con el Informe de 29 de diciembre de 2010 de la CNE, este límite implica multiplicar por 3 las previsiones de consumo de biodiésel del Plan de Acción Nacional de Energías Renovables de España (PANER) 2011-2020, elaborado en cumplimiento del artículo 4 de la Directiva 2009/28/CE y aprobado con fecha 30 de junio de 2010.

¹³ El límite de 2 millones de toneladas fue propuesto por la CNE en base a las estimaciones realizadas en su Informe 36/2010, de 11 de noviembre de 2010, sobre el Proyecto de Real Decreto por el que se fijan objetivos obligatorios de biocarburantes para los años 2011, 2012 y 2013. Para ello, se tuvieron en cuenta las cantidades de biodiésel necesarias para cumplir, cada año de vigencia del sistema de asignación de cuotas, las obligaciones mínimas anuales de biocarburantes en biodiésel y los objetivos globales, asumiendo un cumplimiento ajustado de la obligación individual de biocarburantes en gasolina. El citado Informe 36/2010 estimó dichas cantidades en el entorno de 1,76 millones de toneladas en 2011 y 1,84 millones de toneladas en 2012. De acuerdo con el Informe de la CNE, con la fijación de este límite se pretende evitar que la obligación de venta de biocarburantes en diésel procedentes exclusivamente de plantas con cantidad asignada dentro del sistema sea de imposible cumplimiento.

¹⁴ Asimismo, será preciso que la planta cuente con la licencia de actividad o certificado equivalente.

2.2 Plazo y requisitos que debe reunir la solicitud de asignación de cantidades de producción de biodiésel

La Disposición Adicional segunda de la Orden IET/822/2012 establece un plazo de treinta (30) días naturales, desde la entrada en vigor de la misma, para presentar las solicitudes en el marco del procedimiento de asignación. En concreto, dicho plazo finaliza el **22 de mayo de 2012**.

Asimismo, dicha Disposición Adicional prevé la posibilidad de prorrogar el plazo anterior mediante resolución de la Dirección General de Política Energética y Minas si, una vez finalizado el mismo, la suma de la cantidad solicitada por todos los productores admitidos al procedimiento fuese menor a 4 millones de toneladas anuales.

En cuanto a la solicitud de asignación, el contenido de la misma está regulado en el artículo 4 de la Orden IET/822/2012. Los documentos exigidos hacen referencia a requisitos que afectan a la identificación y condición de los titulares de las plantas, características físicas de las instalaciones, solvencia económico-financiera de sus titulares, eficiencia energética y medioambiental de las instalaciones, actividad realizada en los últimos ejercicios así como a los compromisos que han de asumir los solicitantes en caso de que se les adjudicaran cantidades.

En este sentido, la Orden exige que la solicitud indique la siguiente información:

- Cantidad anual, en toneladas, para la que se solicita asignación.
- Razón social, ubicación de la empresa y de la planta, titular de la planta, número de identificación fiscal (NIF) y Código de Actividad y Establecimiento (CAE) o documento equivalente en el país en el que se ubique la planta, representante jurídico y copia de los poderes otorgados a favor del representante.
- Que el solicitante sea operador al por mayor de productos petrolíferos, según lo establecido en el artículo 42 de la LH¹⁵. Este requisito implica que con anterioridad a la solicitud de asignación referida, aquellos titulares de plantas de producción de

¹⁵ De acuerdo con el artículo 42 de la LH:

“1. Serán operadores al por mayor aquellos sujetos que comercialicen productos petrolíferos para su posterior distribución al por menor.

2. Podrán actuar como operadores al por mayor exclusivamente aquellas sociedades mercantiles que cumplan las condiciones para la realización de la actividad que se establezcan reglamentariamente, entre las que se incluirá la suficiente capacidad técnica del solicitante.

En todo caso, dichas sociedades deberán comunicar al Ministerio de Industria, Turismo y Comercio que lo comunicará a su vez a la Comisión Nacional de Energía y a la Corporación de Reservas Estratégicas de Productos Petrolíferos, el inicio o cese de la actividad, acompañando la comunicación de una declaración responsable sobre el cumplimiento de las condiciones a que se refiere el párrafo anterior.

(...)

La Comisión Nacional de la Energía publicará en su página web un listado de los operadores al por mayor de productos petrolíferos que incluirá aquellas sociedades que hayan comunicado al Ministerio el ejercicio de esta actividad”.

biodiésel que actualmente suministran biodiésel directamente a mercado y los titulares de plantas ubicadas fuera del territorio nacional deben haber obtenido la condición de operador al por mayor de productos petrolíferos¹⁶.

Asimismo, la solicitud¹⁷ debe acompañarse de la siguiente documentación:

- Copia de la licencia de actividad de la planta o certificado equivalente, así como de cualquier otra autorización administrativa o certificado equivalente, en la que conste la capacidad operativa de producción anual de biodiésel reconocida a la instalación.
- Informe emitido por una entidad independiente¹⁸ que acredite la capacidad de producción de la planta que será operativa en cada una de las anualidades del periodo de asignación de que se trate y que conste ya reconocida en el momento de la solicitud, por la correspondiente licencia de actividad o certificado equivalente y el cumplimiento de las especificaciones técnicas vigentes en España del biodiésel producido, indicando los controles de calidad efectuados y sus resultados.
- Balance auditado de los tres últimos ejercicios cerrados, a los que deberán unir informe del análisis de la estructura financiera, acompañado del plan de negocio previsto en caso de que se le asignaran las cantidades solicitadas.
- Declaración jurada del titular de la planta sobre los siguientes temas:
 - El titular de la planta está al día en las obligaciones de pago de la seguridad social y los impuestos del país correspondiente.
 - El titular de la planta actúa en conformidad con la normativa medioambiental del país en el que está instalada la planta o unidad de producción objeto de la solicitud.

¹⁶ A este respecto, debe notarse que, con la entrada en vigor de la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicio y su ejercicio, la autorización previa de actividad necesaria para actuar como operador al por mayor de hidrocarburos líquidos se ha sustituido por una comunicación del inicio de la actividad dirigida al Ministerio de Industria, Energía y Turismo, de manera que la tramitación a seguir se ha simplificado.

¹⁷ Las solicitudes deberán presentarse en castellano, si los documentos han sido redactados en otra lengua, deberán ir acompañados de su correspondiente traducción al español.

Las solicitudes dirigidas al Registro Electrónico del Ministerio de Industria, Energía y Turismo se presentarán mediante sistemas de identificación y autenticación electrónica. A la solicitud citada se acompañará, en su caso, acreditación válida del poder del firmante de la solicitud, que deberá ser aportada mediante documento digitalizado. En caso de representación mancomunada, deberá aportarse asimismo una copia digitalizada de la solicitud firmada electrónicamente por cada uno de los representantes mancomunados.

¹⁸ La CNE, en su Informe de 29 de diciembre de 2010, proponía que el informe del apartado 4.3.b) de la Orden fuera emitido por un certificador independiente autorizado, si bien finalmente se optó por dotar de mayor flexibilidad a este requisito, de forma que el informe que acredite la capacidad productiva real sea emitido por una entidad independiente.

- La planta no tiene asignada cantidad alguna en ningún otro procedimiento, cualquiera que fuera su denominación y naturaleza, en otro país o, en caso de que las tuviera, cantidad asignada y justificación documental de la misma y de sus condiciones.
 - El biodiésel objeto de cantidad asignada será producido en su totalidad en la planta para la que se solicita la asignación.
 - El titular de la planta se compromete a proporcionar el informe anual recogido en el artículo 8.1¹⁹. El contenido de dicho informe será analizado posteriormente al tratar las principales obligaciones de los promotores que resulten asignados.
- Informe sobre el desarrollo de la actividad de la planta centrado en los siguientes aspectos:
- **Actividades de la planta o unidad durante los tres últimos ejercicios**, indicando las demás actividades químicas que integran la unidad y los costes de producción, mencionando, si fuese necesario, las normativas específicas a las que está sujeta dicha producción. Cuando la planta esté integrada en un complejo industrial, se indicará qué función desempeña dentro del mismo.
 - **Inversión realizada expresamente para la producción de biodiésel**, detallando las medidas adoptadas para el cumplimiento de la normativa medioambiental vigente (porcentaje de inversiones medioambientales con respecto a la inversión total) y la eficiencia energética de la planta (ratio de energía renovable producida sobre la energía primaria consumida).
 - **Cantidades de biodiésel producidas y vendidas**, indicando su destino geográfico, en los tres años naturales anteriores a la presentación de la solicitud.
 - **Proveedores de materias primas en los últimos tres años naturales**, país de origen, cantidad y naturaleza de la materia prima suministrada por cada uno de ellos y previsión para los próximos dos años naturales.
 - **Apoyos públicos de tipo económico, técnico o normativo** para la producción y venta de biodiésel, de los que se ha beneficiado la unidad durante los últimos diez años.

Junto con la anterior, debe notarse que la Dirección General de Política Energética y Minas podrá solicitar a los interesados cualquier otra información o documentación adicional necesaria para resolver el procedimiento.

¹⁹ Se refiere al informe periódico que los productores con asignación deberán presentar al Ministerio de Industria, Energía y Turismo, así como a la CNE en relación con el año natural anterior. Dicho informe deberá contener información relativa a cantidades totales producidas, controles de calidad realizados y proveedores de materias primas.

2.3 Criterios para la asignación de cantidades de producción de biodiésel para el cómputo del cumplimiento de los objetivos obligatorios de biocarburantes

De acuerdo con el artículo 5 de la Orden IET/822/2012, los criterios en base a los cuales se determinará la cantidad de producción de biodiésel asignada a cada planta son los siguientes:

- Protección del medio ambiente²⁰.
- Garantía de suministro²¹.
- Seguridad de abastecimiento del mercado petrolero.
- Capacidad productiva anual de biodiésel debidamente auditada, de cada una de las plantas de fabricación de las que sean titulares los sujetos admitidos.
- Viabilidad económico-financiera de la planta.

En este sentido debe notarse que en ningún caso se podrá asignar a una planta una cantidad anual superior a su capacidad productiva anual autorizada y técnicamente acreditada como operativa.

En relación con los criterios anteriormente expuestos, debe notarse que el Informe de 29 de diciembre de 2010 de la CNE pone de relieve la heterogeneidad de los mismos así como la ausencia de baremación o de orden de prelación.

²⁰ En relación con este criterio la CNE pone de manifiesto en su Informe de 29 de diciembre de 2010 que el cumplimiento de los requisitos de sostenibilidad debería ser tenido en cuenta en la valoración que se efectúe.

²¹ En relación con la garantía de suministro, el artículo 2.2 de la LH establece que:

“Se reconoce la libre iniciativa empresarial para el ejercicio de las actividades a que se refieren los Títulos III y IV de la presente Ley.

Estas actividades se ejercerán garantizando el suministro de productos petrolíferos y de gas por canalización a los consumidores demandantes dentro del territorio nacional y tendrán la consideración de actividades de interés económico general. Respecto de dichas actividades, las Administraciones públicas ejercerán las facultades previstas en la presente Ley.”

Por su parte, el artículo 49 de la LH, *Garantía de suministro*, dispone que:

“1. Todos los consumidores tendrán derecho al suministro de productos derivados del petróleo en el territorio nacional, en las condiciones previstas en la presente Ley y en sus normas de desarrollo. (...)”

2.4 Valoración de las solicitudes y asignación de cantidades

El órgano competente para la instrucción del procedimiento es la Dirección General de Política Energética y Minas. Por su parte, una vez remitidas las solicitudes, corresponde a la Comisión de Evaluación²² la valoración de las mismas.

En este sentido, la Comisión de Evaluación emitirá un informe en base al cual la Dirección General de Política Energética y Minas formulará **propuesta de resolución provisional** debidamente motivada. Sobre dicha propuesta de resolución provisional, el solicitante podrá formular las alegaciones que estime convenientes o comunicar la aceptación de la asignación en el plazo de diez (10) días a partir de la publicación de la lista en el BOE.

Si el solicitante ha presentado alegaciones, la Dirección General de Política Energética y Minas, tras el examen de las mismas, formulará **propuesta de resolución definitiva**, la cual será notificada a los solicitantes mediante su publicación en el BOE, con el fin de que formulen las alegaciones que estimen convenientes dentro del plazo de diez (10) días. La propuesta de resolución definitiva deberá contener la relación de solicitantes para los que se propone la asignación de cantidades, así como las cantidades asignadas a cada uno.

En relación con las propuestas de resolución, tanto provisional como definitiva, debe notarse que no otorgan derecho alguno al asignatario propuesto frente a la Administración.

De acuerdo con la documentación presentada, el listado de las cantidades de producción asignadas se aprobará mediante **resolución motivada del Secretario de Estado de Energía** y se publicará en el BOE. El plazo máximo de publicación de esta resolución no podrá exceder de **seis meses computados desde la entrada en vigor de la presente Orden**, esto es, 22 de octubre de 2012, o, en su caso, desde la fecha en que surta efectos la resolución del Secretario de Estado de Energía que ordene la asignación de nuevas cantidades de producción, de acuerdo con la Disposición Adicional primera de la referida Orden²³. A este respecto debe notarse que el artículo 7.6 de la citada Orden prevé que el transcurso del plazo máximo establecido sin que se haya publicado la correspondiente

²² La Comisión de Evaluación, de acuerdo con el artículo 7, estará presidida por el Director General de Política Energética y Minas, que en caso de vacante, ausencia, enfermedad u otra causa legal será sustituido por su vicepresidente, el Subdirector General de Hidrocarburos. Los vocales de dicha Comisión serán el Subdirector Adjunto de Hidrocarburos, un funcionario de la Dirección General de Política Energética y Minas y un funcionario de la Dirección General de Hidrocarburos, designados los dos últimos por el Director General de Política Energética y Minas, así como dos representantes del Instituto para la Diversificación y Ahorro de la Energía designados por el Director General de dicho Instituto. Actuará como Secretario de esta Comisión de Evaluación, con voz y voto, el funcionario de la Dirección General de Política Energética y Minas. La Comisión de Evaluación se adscribe a la Dirección General de Política Energética y Minas y regirá su funcionamiento por lo dispuesto en el capítulo II del título II de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (“**LRJ-PAC**”).

²³ Sobre el contenido de esta Disposición, nos remitimos a lo expuesto posteriormente.

resolución no exime a la Administración de su obligación legal de resolver, pudiendo, no obstante, los interesados que hubieren comparecido en la convocatoria entender desestimadas sus pretensiones por silencio administrativo²⁴.

Asimismo, debe notarse que la resolución por la que se aprueba el listado de las cantidades de producción de biodiésel **fijará la fecha a partir de la cual únicamente computará el biodiésel de dicha asignación para el cumplimiento de los objetivos obligatorios de biocarburantes**²⁵.

En cuanto a la posibilidad de impugnación por parte del interesado, la Orden establece que la resolución del procedimiento de asignación de cantidades pone fin a la vía administrativa, esto es, solo podrá ser recurrida potestativamente en reposición²⁶ ante el mismo órgano que la ha dictado en el plazo de un mes o, directamente, interponer recurso frente a la misma ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en el plazo de 2 meses²⁷.

2.5 **Ámbito temporal de la asignación de cantidades de producción de biodiésel para el cómputo del cumplimiento de los objetivos obligatorios de biocarburantes**

En virtud de lo dispuesto en el artículo 6 de la Orden IET/822/2012, **las cantidades se asignarán para un período de dos años**. La asignación de las cantidades de producción de biodiésel podrá prorrogarse mediante resolución motivada del Secretario de Estado de Energía por otros dos años adicionales siempre que se sigan cumpliendo las condiciones que dieron lugar a la asignación y el asignatario remita la información requerida en el

²⁴ De conformidad con el artículo 44.1 de la LRJ-PAC “*En los procedimientos iniciados de oficio, el vencimiento del plazo máximo establecido sin que se haya dictado y notificado resolución expresa no exime a la Administración del cumplimiento de la obligación legal de resolver, produciendo los siguientes efectos: 1. En el caso de procedimientos de los que pudiera derivarse el reconocimiento o, en su caso, la constitución de derechos u otras situaciones jurídicas individualizadas, los interesados que hubieren comparecido podrán entender desestimadas sus pretensiones por silencio administrativo*”.

²⁵ La determinación de los criterios para la fijación del plazo a partir del cual se computará únicamente el biodiésel objeto de asignación para el cumplimiento de los objetivos obligatorios de biocarburantes ha sido objeto de análisis por parte de la CNE. En este sentido, la misma propone tomar en consideración los siguientes criterios: el tiempo que medie entre la negociación de los contratos de suministro de materias primas y la puesta en mercado del biodiésel producido a partir de ellas, el respeto de los contratos de aprovisionamiento de los operadores actualmente en vigor o el volumen de existencias de biodiésel que ya hayan entrado en las instalaciones de almacenamiento o que estén almacenados en las propias plantas de producción y estén pendientes de salir al mercado.

²⁶ Recurso previsto en los artículos 116 y 117 de la LRJ-PAC. En caso de interposición de recurso de reposición no se podrá interponer recurso contencioso-administrativo hasta que sea resuelto expresamente o se haya producido la desestimación presunta del recurso de reposición interpuesto.

²⁷ Artículo 46 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

artículo 8 de la citada Orden, el cual será objeto de posterior desarrollo. A este respecto debe notarse que la cantidad anual de producción asignada a una planta se podrá modificar en la prórroga en función de la información suministrada.

2.6 Principales obligaciones de los promotores que resulten asignados

La Orden IET/822/2012, en su artículo 8, impone a los productores de biodiésel con asignación de cantidad la obligación de presentar al Ministerio de Industria, Energía y Turismo, en el mes de abril de cada año, un informe con la siguiente información referida al año natural anterior o, en su caso, a la parte del año natural anterior respecto a la que se haya asignado la cantidad de producción de biodiésel:

- Cantidades totales de biodiésel y subproductos producidos en la planta, debidamente auditadas, indicando la cuantía y el país de destino de todas las partidas vendidas, así como el nombre y dirección de las empresas compradoras de cada una de ellas.
- Los controles de calidad realizados sobre el biodiésel producido y sus resultados, justificando que cumple con las especificaciones técnicas vigentes en España.
- Proveedores de materias primas, país de origen, cantidad y naturaleza de la materia prima suministrada por cada uno de ellos.

Asimismo, la CNE emitirá un informe de carácter trimestral sobre el seguimiento del precio del biodiésel en España, en el que deberá incluirse una comparativa de precios del biodiésel con el resto de la Unión Europea y del grado de competencia del sector. La finalidad de este informe, según indica la CNE, es el control del sistema de asignación, sobre todo, de su repercusión en el precio del biodiésel.

Junto con la obligación de presentar la documentación anterior, los productores de biodiésel con asignación de cantidades de producción de biodiésel para el cómputo del cumplimiento de los objetivos obligatorios de biocarburantes deberán, de acuerdo con el artículo 9.1 de la Orden IET/822/2012, comunicar a la Dirección General de Política Energética y Minas cualquier modificación de los datos aportados en el plazo de un mes a partir del momento en el que se produzca dicha modificación.

La Dirección General de Política Energética y Minas y la CNE podrán inspeccionar el cumplimiento de las condiciones que dieron lugar a la asignación de cantidades de producción de biodiésel para el cómputo del cumplimiento de los objetivos obligatorios de biocarburantes, así como solicitar cuanta información estimen necesaria.

En el caso en el que el productor de biodiésel con asignación de una cantidad de producción incumpliera las condiciones exigidas o vendiese a los sujetos obligados a cumplir objetivos de biocarburantes una cantidad de biodiésel mayor a la asignada, o bien incumpliera los compromisos de puesta a disposición de las cantidades comprometidas a sus compradores, la Dirección General de Política Energética y Minas podrá instruir el

correspondiente procedimiento con audiencia del interesado y, a resultas del mismo, ordenarse, en su caso, la cancelación de la cantidad de producción asignada mediante resolución motivada del Secretario de Estado de Energía²⁸.

El plazo máximo para dictar y notificar esta resolución expresa al interesado no podrá exceder de seis meses contados desde la fecha en que, por resolución del Secretario de Estado de Energía, se ordene el inicio del procedimiento. Superado dicho plazo sin haberse dictado y notificado la resolución, se producirá la caducidad del procedimiento.

Contra la resolución de cancelación, que pone fin a la vía administrativa, podrá interponerse recurso potestativo de reposición en el plazo de un mes o bien interponerse directamente recurso ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional dentro del plazo de dos meses.

2.7 Situaciones excepcionales

La Disposición Adicional primera regula, de una parte, las denominadas situaciones excepcionales y, de otra, la posibilidad de que el Secretario de Estado de la Energía ordene y convoque nuevas cantidades de producción.

En situaciones excepcionales de falta de disponibilidad de biodiésel con asignación de cantidad para el cumplimiento de los objetivos de biocarburantes por parte de los sujetos obligados, o en caso de que los precios del biodiésel o la competencia del mercado no se consideren adecuados, el Secretario de Estado de Energía podrá adoptar, por resolución, las medidas pertinentes debidamente motivadas, con la duración y excepciones que se determinen.

Asimismo, el Secretario de Estado de Energía, también por resolución, podrá ordenar y convocar la asignación de nuevas cantidades de producción, en función de la información suministrada, la evolución del mercado de los biocarburantes, el cumplimiento de los objetivos o el desarrollo tecnológico del sector. A este respecto debe destacarse que la convocatoria de un nuevo proceso parece quedar reservada a un escenario de modificaciones estructurales del mercado de biocarburantes.

2.8 Condiciones que han de ser acreditadas para la certificación de los biocarburantes

En primer lugar debe recordarse que el procedimiento de acreditación de la asignación de cantidades de producción de biodiésel constituye un requisito previo para la expedición de certificados de biocarburantes por la entidad de certificación, a saber, la CNE.

²⁸ A este respecto debe tenerse en cuenta que el Proyecto de Orden original de 22 de julio de 2010 regulaba, en su artículo 9, un procedimiento sancionador. En dicho artículo se remitía a lo establecido en el título VI de la LH para definir el régimen sancionador aplicable. Asimismo, el Proyecto de OM establecía que el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio podría iniciar el expediente sancionador bien de oficio o a instancia de la CNE. Esta previsión no se mantiene en el actual texto de la Orden a pesar de que, a juicio de la CNE, se trataba de un mecanismo eficaz de garantía para el sistema.

Así, no podrá certificarse biodiésel producido en una planta que no tenga asignada cantidad alguna y tampoco podrán certificarse cantidades de biodiésel producidos en una misma planta por encima de la cantidad anual que le haya sido asignada.

Tampoco es posible certificar biodiésel que, procedente de una planta, no hubiera sido producido en ella, entendiéndose por producción la transformación química de grasas de origen vegetal o animal en éster metílico o etílico. En ningún caso se entenderá como producción el mero proceso de mezcla de ésteres metílicos o etílicos.

Finalmente, debe tenerse en cuenta que para la certificación de cantidades del resto de biocarburantes listados en el artículo 2.2 de la Orden ITC/2877/2008, distintos del biodiésel, susceptibles de ser mezclados con gasóleo, no se exigirá dicha acreditación.

3. POSIBLES INCERTIDUMBRES/RIESGOS EN TORNO A LA PRODUCCIÓN DE BIODIÉSEL

3.1 Adecuación de la restricción en relación con los artículos 34 y 36 del TFUE

La CNE, en su Informe de 29 de diciembre de 2010, plantea, desde el punto de vista jurídico, dudas sobre la adecuación del procedimiento de asignación previsto en la Orden IET/822/2012 con los artículos 34²⁹ y 36³⁰ del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), por cuanto dicho procedimiento podría suponer una restricción cuantitativa a la importación prohibida por los citados artículos. La CNE concluye a este respecto que, si bien un pronunciamiento sobre esta materia sobrepasa sus competencias, sí resultaría precisa una eficaz supervisión para la implantación del procedimiento de asignación referido. Para ello, se exige al Ministerio de Industria, Energía y Turismo que el procedimiento de asignación no introduzca distorsiones en el mecanismo de fijación de precios de los biocarburantes.

3.2 Riesgo de repercusión en el precio de las medidas introducidas

El Informe de 29 de diciembre de 2010 de la CNE recoge las alegaciones de CLH, UPI y Union of European Petroleum Independents (UPEI) en cuanto a las repercusiones que la introducción de medidas restrictivas de la oferta podría tener en el nivel de competencia y en los precios.

²⁹ Según el artículo 34 del TFUE: “Quedarán prohibidas entre los Estados miembros las restricciones cuantitativas a la importación, así como todas las medidas de efecto equivalente.”

³⁰ Por su parte, el artículo 36 del TFUE dispone que: “Las disposiciones de los artículos 34 y 35 no serán obstáculos para las prohibiciones o restricciones a la importación, exportación o tránsito justificadas por razones de orden público, moralidad y seguridad públicas, protección de la salud y vida de las personas y animales, preservación de los vegetales, protección del patrimonio artístico, histórico o arqueológico nacional o protección de la propiedad industrial y comercial. No obstante, tales prohibiciones o restricciones no deberán constituir un medio de discriminación arbitraria ni una restricción encubierta del comercio entre los Estados miembros.”

En aplicación de la teoría económica, la CNE expone en el referido Informe que la desaparición de una fuente de aprovisionamiento alternativa, como son las importaciones procedentes del exterior de la UE, podría reforzar la coordinación de las empresas, lo que conllevaría la creación de incentivos para el incremento de los precios.

3.3 Brevidad del plazo para la presentación de las solicitudes de asignación

Sobre el procedimiento de asignación, debe ponerse de relieve el escaso plazo de treinta (30) días naturales desde la entrada en vigor de la Orden de referencia, esto es, hasta el 22 de mayo de 2012, del que disponen los promotores para presentar las solicitudes de asignación de cantidades de producción de biodiésel para el cómputo del cumplimiento de los objetivos obligatorios de biocarburantes.

En este sentido, debe tenerse en cuenta que en la citada solicitud se exige al promotor facilitar una serie de datos y documentos que no siempre están disponibles y requieren de elaboración, bien por el propio promotor, bien por entidades externas.

Así debe recordarse que el apartado 2 de la Disposición Adicional segunda de la Orden IET/822/2012 prevé la posibilidad de prorrogar el plazo de 30 días, una vez finalizado el mismo, la suma de la cantidad solicitada fuese menor a 4 millones de toneladas anuales. No obstante, en relación con la prórroga debe notarse que, como expone la CNE en su Informe de 29 de diciembre de 2010, la Orden no prevé un plazo máximo de prórroga ni dispone la publicación de la resolución en virtud de la cual se acuerda la misma.

3.4 Documentación que se debe aportar con la solicitud de asignación

3.4.1 Informes a aportar con la solicitud

En relación con el informe del análisis de la estructura financiera y con el informe sobre el desarrollo de la actividad de la planta, recogidos en el artículo 4.3, apartados c) y d) de la Orden IET/822/2012 respectivamente, sería necesario determinar quién debe emitir dichos informes. En cuanto al contenido del informe sobre el desarrollo de la actividad de la planta, debe notarse además que la citada Orden exige que el informe recoja las actividades de la planta durante los tres últimos ejercicios. A este respecto, debe advertirse que, según datos del sector, se estima que la producción nacional se ha derrumbado en un 46 % durante 2011, lo que ha supuesto el cierre de gran parte de las plantas presentes en España, lo que sin duda dificulta la valoración de las actividades exigidas en dicho informe y la acreditación de producción durante los últimos ejercicios.

3.4.2 Documentación acreditativa de la legalización de las instalaciones

Por lo que respecta a la documentación requerida para entender legalizada la planta, tanto el artículo 3 como el artículo 4.3.a) hacen referencia a una serie de hitos administrativos, como es la licencia de actividad, así como cualquier otra autorización administrativa o certificado equivalente, en el que conste la capacidad operativa de producción anual de biodiésel reconocido a la instalación.

A este respecto es importante destacar que en la redacción del Proyecto de OM anterior al Informe de 29 de diciembre de 2010 de la CNE, para determinar los sujetos que podían solicitar la asignación y límites máximos de las cantidades de producción susceptibles de asignación, se requería que la planta hubiera obtenido “acta de puesta en servicio definitiva o certificado equivalente”. Dicho requisito se eliminó al ponerse de manifiesto en el Informe de 29 de diciembre de 2010 de la CNE que el mismo no resultaba exigible a las plantas de biodiésel.

En este sentido, hubiera sido deseable una mayor precisión de los documentos a aportar a efectos de dotar al procedimiento de mayor seguridad jurídica.

Asimismo, debemos destacar que el biodiésel es un éster metílico, por lo que su fabricación está sometida a autorización ambiental integrada (AAI) al tratarse de una instalación del anejo 1 de la Ley 16/2002: *“instalaciones para la fabricación de productos químicos orgánicos de base, en particular, hidrocarburos oxigenados tales como alcoholes, aldehídos, cetonas, ácidos orgánicos, ésteres, peróxidos, resinas, epóxidos”*.

A estos efectos, cabe entender que la AAI sería el acto administrativo que, con independencia de los que cita la Orden, mejor puede justificar la legalización de la planta así como reflejar la capacidad operativa de producción anual. Dicha consideración cobra especial importancia por el hecho de que el RAMINP, que servía tradicionalmente de marco a la licencia de actividad, ha sido derogado y, además, algunas Comunidades Autónomas han dictado leyes en materia de prevención y control integrado de la contaminación, por las que deja de existir la licencia de actividad como acto administrativo autónomo, integrándose en la AAI que otorga la Comunidad Autónoma.

3.5 Indefinición de los criterios a valorar

Tal y como ha sido expuesto, el artículo 5 de la Orden se limita a enumerar los criterios para la asignación de cantidades de producción de biodiésel para el cómputo del cumplimiento de los objetivos obligatorios de biocarburantes. En este sentido, tal y como recoge la propia CNE en su Informe de 29 de diciembre de 2010, en la medida en que la Orden constituye la propia convocatoria, hubiera sido deseable una mayor determinación de los baremos que se utilizarán para evaluar los citados criterios.

3.6 Incertidumbre acerca de distintos plazos recogidos en el procedimiento de asignación

Por lo que se refiere al procedimiento de asignación, debe destacarse la incertidumbre que traen consigo determinados plazos fijados por la Orden IET/822/2012 para la tramitación y resolución del mismo.

En primer lugar, tal y como ya hemos destacado, el plazo para la presentación de las solicitudes fijado en 30 días naturales desde la entrada en vigor de la Orden es susceptible de prórroga (apartado 2 de la Disposición Adicional segunda), sin que se establezca el plazo de prórroga que aplicaría a tal supuesto.

Finalmente, la resolución que apruebe el listado de las cantidades de producción asignadas fijará la fecha a partir de la cual solo el biodiésel objeto de dicha asignación computará para el cumplimiento de los objetivos obligatorios de biocarburantes, sembrando así también incertidumbre sobre el momento en el que el citado régimen de asignación será plenamente efectivo (artículo 7.7 de la Orden).

3.7 La entrada en vigor de la Orden IET/822/2012 implica la modificación de la normativa existente

La CNE alerta de que la entrada en vigor de la citada Orden tiene un impacto directo en las actuaciones de esta Comisión en cuanto entidad de certificación de Biocarburantes.

En este sentido, la CNE entiende que la verificación de la acreditación de que el biodiésel vendido procede de una de las plantas a las que se haya asignado cantidad de producción de biodiésel obligará a modificar, tanto desde el punto de vista normativo como operativo, el vigente sistema de certificación de biocarburantes. En concreto, la CNE prevé que sería preciso actualizar la Circular 2/2009 en el ámbito normativo, y las Instrucciones SICBIOS³¹, para tener en cuenta las modificaciones derivadas del procedimiento de asignación de cuotas en cuanto a la puesta en marcha efectiva de la obligación de acreditación³².

³¹ Instrucciones del sistema de certificación de biocarburantes y otros combustibles renovables con fines de transporte (SICBIOS), aprobadas por el Consejo de Administración de la CNE con fecha 17 de septiembre de 2009.

³² En concreto, deberán tenerse en cuenta los siguientes aspectos:

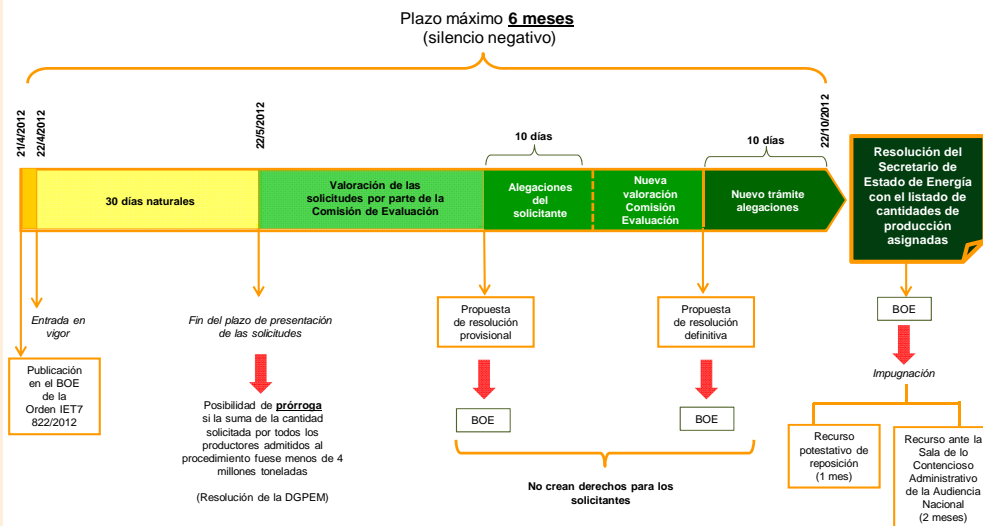
- Individualización de la información de producción por planta.
- Trazabilidad de las cantidades producidas a fin de hacer corresponder las cantidades asignadas por planta con los volúmenes vendidos por los sujetos obligados.
- Nuevas necesidades de verificación de la información reportada por los sujetos obligados, tanto en relación con los datos remitidos por otros sujetos como con la información enviada por los sujetos de verificación del mecanismo de fomento.
- Control del volumen de producción por planta para evitar la certificación de volúmenes de biodiésel por encima de la cantidad máxima anual asignada.

3.8 Supresión de la exención fiscal en el Impuesto sobre hidrocarburos

Finalmente, debe ponerse de relieve la situación fiscal que resultará de aplicación a las plantas de biodiésel a partir de 1 de enero de 2013.

La Ley 38/1992, de 28 de diciembre, de Impuestos Especiales (“LIE”) regula, entre otros, el impuesto sobre hidrocarburos como tributo de naturaleza indirecta. De acuerdo con lo establecido en el artículo 50 de la LIE, el biodiésel para uso como carburante está gravado a un tipo especial de cero euros por 1.000 litros hasta el 31 de diciembre de 2012 (Epígrafe 1.14)³³. A partir de 1 de enero de 2013, se suprime la exención total y el impuesto sobre hidrocarburos se exigirá conforme a la tarifa establecida para el gasóleo para uso general (307 euros por 1.000 litros), salvo que se modifique dicha previsión.

CUADRO-RESUMEN DEL PROCEDIMIENTO DE ASIGNACIÓN DE CANTIDADES



La presente publicación contiene información de carácter general, sin que constituya opinión profesional ni asesoría jurídica.

© Mayo 2012 J&A Garrigues, S.L.P., quedan reservados todos los derechos. Se prohíbe la explotación, reproducción, distribución, comunicación pública y transformación, total y parcial, de esta obra, sin autorización escrita de J&A Garrigues, S.L.P.

³³ No obstante lo anterior, de acuerdo con el apartado 2 del artículo 50.bis de la LIE, “siempre que la evolución comparativa de los costes de producción de los productos petrolíferos y de los biocarburantes y biocombustibles así lo aconseje, las Leyes de Presupuestos Generales del Estado podrán fijar el importe de los tipos impositivos previstos en los epígrafes 1.13 a 1.15 en atención a las referidas circunstancias estableciendo, en su caso, tipos de gravamen de importe positivo”.