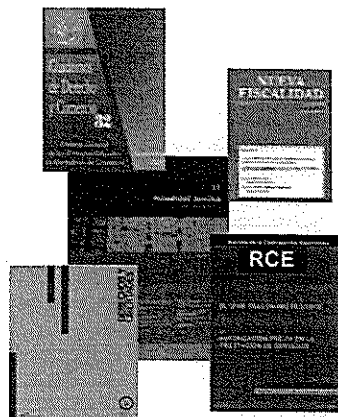


NUEVO SERVICIO SUSCRIPCIÓN ON-LINE A NUESTRAS REVISTAS



Dykinson on-line
www.dykinson.com

adernos de Derecho y Comercio
tualidad Jurídica
vista de la Contratación electrónica
ueva Fiscalidad
rechos y Libertades

complace comunicarle la puesta en marcha de nuestro nuevo servicio de **suscripción on-line** a nuestras revistas.

este nuevo sistema ofrecemos acceso a los contenidos de la revista en formato pdf a través de nuestra página web, desde cualquier ordenador con acceso a internet, mediante un sencillo sistema de reconocimiento de IP.

que pueda probar durante este año el funcionamiento de nuestro sistema, le proponemos la siguiente oferta:

Derechos y Libertades

precio suscripción anual en papel: 36,00 €

Oferta especial papel + on-line: 54,00 €

Cuadernos de Derecho y Comercio

precio suscripción anual en papel: 50,00 €

Oferta especial papel + on-line: 75,00 €

Actualidad Jurídica

precio suscripción anual en papel: 58,00 €

Oferta especial papel + on-line: 87,00 €

Revista de la Contratación Electrónica

precio suscripción anual en papel: 250,00 €

Oferta especial papel + on-line: 375,00 €

Nueva Fiscalidad

precio suscripción anual en papel: 200,00 €

Oferta especial papel + on-line: 300,00 €

NUEVA FISCALIDAD

NÚMERO 4

JULIO-AGOSTO 2008

ISSN: 1696-0173

NUEVA FISCALIDAD

N.º 4 - JULIO-AGOSTO 2008

ESTUDIOS

EN TORNO AL PROCEDIMIENTO DE DEVOLUCIÓN DE CUOTAS SOPORTADAS POR DETERMINADOS EMPRESARIOS O PROFESIONALES NO ESTABLECIDOS EN EL TERRITORIO DE APLICACIÓN DEL IVA, *Juan Calvo Végez*

PRESENTE Y FUTURO DE LOS RECARGOS AUTONÓMICOS, *Carlota Ruiz de Velasco Punín*

LA TRIBUTACIÓN DEL COMERCIO DE LOS DERECHOS DE EMISIÓN EN EL ÁMBITO DE LA IMPOSICIÓN DIRECTA, *Juan Benito Gallego López*

- **LEGISLACIÓN**
- **JURISPRUDENCIA**
- **RESOLUCIONES DEL TEAC**
- **CONSULTAS DE LA DGT**
- **BIBLIOGRAFÍA**

NUEVA FISCALIDAD

NÚMERO 4 • JULIO-AGOSTO 2008

Dykinson, S.L.

La editorial Dykinson, a los efectos previstos en el artículo 32.1, párrafo segundo del vigente TRLPI, se opone expresamente a que cualquiera de las páginas de Nueva Fiscalidad, o partes de ellas, sean utilizadas para la realización de resúmenes de prensa.

Cualquier acto de explotación (reproducción, distribución, comunicación pública, puesta a disposición, etc.) de la totalidad o parte de las páginas de Nueva Fiscalidad, precisará de la oportuna autorización, que será concedida por CEDRO mediante licencia dentro de los límites establecidos en ella.

© Copyright by
Editorial DYKINSON, S.L. Meléndez Valdés, 61 - 28015 Madrid
Teléfono (+34) 91 544 28 46 - (+34) 91 544 28 69
e-mail: info@dykinson.com
<http://www.dykinson.es>
<http://www.dykinson.com>

Impreso por:
Publidisa

ISSN: 1696-0173
Depósito Legal: SE-1344-2003

CONSEJO DE REDACCIÓN

Presidente

R. Calvo Ortega
Universidad Complutense

Directora

M. Vega Herrero
Universidad de León

Secretaria

S. Aníbarro Pérez
Universidad de Valladolid

Vocales

F. Benítez de Lugo y Guillén
Abogado del Estado

E. Eseverri Martínez
Universidad de Granada

M. Fernández Junquera
Universidad de Oviedo

A.M. García Moncó
Universidad de Alcalá de Henares

C. García Novoa
Universidad de Santiago de Compostela

R. de Mendizábal Allende
Abogado. Magistrado Emérito del Trib. Const.

C. Muñoz Baños
Inspector de Hacienda del Estado

J. Ruiz-Huerta Carbonell
Catedrático de Economía aplicada

M.T. Soler Roch
Universidad de Alicante

J. Zornoza Pérez
Universidad Carlos III de Madrid

CONSEJO ASESOR

C. Checa González
Universidad de Extremadura

A. Di Pietro
Universidad de Bolonia

A. Durán-Sindreu
Presidente de la AEDAF
Universidad Pompeu Fabra

T. García Luis
Universidad de Alcalá

I. García-Ovies Sarandeses
Universidad de Oviedo

M. González Sánchez
Universidad de Jaén

J. J. Hinojosa Torralvo
Universidad de Almería

P. Marchessou
Universidad de Estrasburgo

J. Martín Queralt
Universidad de Valencia

A. Menéndez Moreno
Universidad de Valladolid

J. L. Muñoz del Castillo
Universidad de León

J. Ramallo Massanet
Universidad Autónoma de Madrid

J. R. Ruiz García
Universidad de La Coruña

J. M. Tejerizo López
Universidad Nacional de Educación a Distancia

K. Tipke
Prof. Dr. jur. Universidad de Colonia

COORDINADORES DE SECCIÓN

Estatul

B. Sesma Sánchez
Universidad de Oviedo

Local

A. Vaquera García
Universidad de León

Internacional

M. Lucas Durán
Universidad de Alcalá

Autonómica

I. Merino Jara
Universidad del País Vasco

Unión Europea

C. M^a. López Espadafor
Universidad de Jaén

SUMARIO

Número 4 • Julio- Agosto 2008

ESTUDIOS

EN TORNO AL PROCEDIMIENTO DE DEVOLUCIÓN DE CUOTAS SOPORTADAS POR DETERMINADOS EMPRESARIOS O PROFESIONALES NO ESTABLECIDOS EN EL TERRITORIO DE APLICACIÓN DEL IVA, Juan Calvo Vérguez	9
PRESENTE Y FUTURO DE LOS RECARGOS AUTONÓMICOS, Carlota Ruiz de Velasco Punín.....	29
LA TRIBUTACIÓN DEL COMERCIO DE LOS DERECHOS DE EMISIÓN EN EL ÁMBITO DE LA IMPOSICIÓN DIRECTA, Juan Benito Gallego López,	73

SELECCIÓN DE LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA, RESOLUCIONES DEL TEAC Y CONSULTAS DE LA DGT .

FISCALIDAD ESTATAL.....	123
FISCALIDAD AUTONÓMICA.....	153
FISCALIDAD LOCAL.....	163
FISCALIDAD DE LA UNIÓN EUROPEA.....	173
FISCALIDAD INTERNACIONAL.....	177

BIBLIOGRAFÍA

SELECCIÓN.....	183
BAHÍA ALMANSA, B.: <i>Análisis fiscal de la transformación de sociedades: estudio especial de determinadas figuras societarias</i> , La Ley, 2007.....	189

por el Estado. Y, en segundo lugar, ya hemos visto las peculiaridades que reviste la aplicación de la regla de la territorialidad respecto del recargo, en comparación de lo que sucede cuando se trata de un tributo propio (artículos 157.2 CE y 9 LOFCA).

Si a pesar de las limitaciones que rodean a los tributos (impuestos) propios, las Comunidades Autónomas han hecho el esfuerzo por crear e imaginar nuevas figuras, no siempre con todo el éxito que cabía esperar, es posible pensar que puedan hacer semejante esfuerzo por crear nuevos recargos⁵⁰. Siendo ambos, tributo propio y recargo, instrumentos idóneos para lograr la corresponsabilidad fiscal e incrementar la autonomía tributaria de las Comunidades Autónomas, creemos que el recargo se encuentra en mejores condiciones para abrirse paso en el futuro, frente a una normativa que ahoga las posibilidades de creación de nuevos tributos propios por parte de las Comunidades, normativa que no resulta de aplicación a la figura del recargo.

⁵⁰ Sobre las limitaciones de los tributos propios véase las págs. 42 y ss. VARONA ALABERN, J.E., «Los tributos propios de las Comunidades Autónomas», ob. cit.

LA TRIBUTACIÓN DEL COMERCIO DE LOS DERECHOS DE EMISIÓN EN EL ÁMBITO DE LA IMPOSICIÓN DIRECTA

Juan Benito Gallego López

Área de Derecho Financiero y Tributario
Universidad Miguel Hernández de Elche

RESUMEN: El establecimiento de un mercado de los derechos de emisión de gases de efecto invernadero, el cual tiene como finalidad reducir las emisiones de dichos gases a la atmósfera, ha propiciado la posibilidad de que este tipo de derechos puedan ser transmitidos por empresas y particulares, al igual que acontece con otro tipo de bienes y derechos.

El comercio de los derechos de emisión conlleva una serie de consecuencias en el ámbito de la imposición directa, tanto desde una perspectiva interna, como internacional, al posibilitarse la realización de operaciones transfronterizas.

Por ello, una adecuada comprensión de los aspectos tributarios de este nuevo mercado exige realizar un análisis desde una perspectiva global, examinando las previsiones contenidas no sólo en la legislación doméstica española, sino también en la normativa convencional que tiene como finalidad evitar la doble imposición.

PALABRAS CLAVE: Derechos de emisión; Impuesto sobre Sociedades; Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas; Impuesto sobre la Renta de no Residentes; Modelo de Convenio de la OCDE.

I. INTRODUCCIÓN

La Directiva 2003/87/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de octubre de 2003, ha establecido un régimen comunitario para el comercio de los derechos de emisión de gases de efecto invernadero a partir del 1 de enero de 2005 en la Unión Europea. El origen de esta Directiva cabe localizarlo en el consentimiento, por la Unión Europea, del Protocolo de Kyoto.

El citado Protocolo complementa el Convenio Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, que fue aprobado el 9 de mayo de 1992. El Protocolo se adoptó el 11 de diciembre de 1997, entrando en vigor el 16 de febrero de 2005.

El artículo 17 del Protocolo de Kyoto establece que las partes incluidas en su Anexo B *podrán participar en operaciones de comercio de los derechos de emisión a los efectos de cumplir sus compromisos dimanantes del artículo 3*. La finalidad que persigue el establecimiento de un sistema que regule el comercio de los derechos de emisión es incentivar a las empresas para que reduzcan sus emisiones de gases de efecto invernadero a la atmósfera, colaborando, de esta manera, en la disminución del calentamiento global.

Los Estados miembros de la Unión Europea han debido transponer la Directiva 2003/87/CE a sus ordenamientos internos. En el caso de España, la citada Directiva fue transpuesta mediante el Real Decreto-Ley 5/2004, de 27 de agosto, por el que se regula el régimen de comercio de los derechos de emisión de efecto invernadero y el Plan nacional de asignación de derechos de emisión¹, siendo convalidado por la Ley 1/2005, de 9 de marzo, por la que se regula el régimen de comercio de los derechos de emisión de los gases de efecto invernadero.

En el ámbito de la Directiva, se define el “derecho de emisión” como *el derecho a emitir una tonelada equivalente*

¹ El Real Decreto 1370/2006, de 24 de noviembre, ha aprobado el Plan nacional de asignación de derechos de emisión de gases de efecto invernadero para el período 2008-2012; mediante la Orden Pre/3420/2007, de 14 de noviembre, se ha publicado el Acuerdo del Consejo de Ministros por el que se aprueba la asignación individual de derechos de emisión de gases de efecto invernadero a las instalaciones incluidas en el citado Plan nacional.

de dióxido de carbono durante un período de tiempo determinado, siendo este derecho transmisible (artículo 3, letra a); por “tonelada equivalente de dióxido de carbono” debe entenderse *una tonelada métrica de dióxido de carbono (CO₂) o una cantidad de cualquier otro gas de efecto invernadero contemplado en el anexo II² con un potencial equivalente de calentamiento del planeta* (artículo 3, letra j)).

Desde el 1 de enero de 2005, toda instalación que lleve a cabo alguna de las actividades enumeradas en el Anexo I de la referida Directiva (es decir, actividades energéticas, producción y transformación de metales férreos, industrias minerales, fabricación de pasta de papel, papel y cartón) que produzcan emisiones especificadas en relación con dicha actividad, debe poseer un permiso expedido a tal efecto por la autoridad competente del Estado miembro (artículo 4 de la Directiva). En el caso de España, corresponde el otorgamiento de dicho permiso al órgano competente que designe la Comunidad Autónoma donde se ubique la instalación contaminante.

Cada Estado miembro deberá elaborar un plan nacional de asignación, que respetará los criterios enumerados en el Anexo III de la Directiva, en el que indicará los derechos de emisión que prevé asignar durante el período de que se trate a los diversos agentes económicos contaminantes, así como el procedimiento de asignación. Para el primer período de tres años (del 1 de enero de 2005 al 1 de enero de 2008), los Estados miembros debieron asignar gratuitamente, al menos, el 95 por 100 de los derechos de emisión. Para el período de cinco años que ha comenzado el 1 de enero de 2008, tienen la obligación de adjudicar gratuitamente, como mínimo, el 90 por 100 de los referidos derechos (artículos 9 y 10 de la Directiva).

² Dichos gases son: metano, óxido nitroso, hidrofluorocarburos, perfluorocarburos y hexafluoruro de azufre.

Los Estados miembros deben velar para que, con fecha límite del 30 de abril de cada año, el titular de cada instalación contaminante entregue un número de derechos de emisión equivalente a las emisiones totales de esa instalación durante el año natural anterior (artículo 12.3 de la Directiva).

Para cubrir dicha finalidad, las empresas pueden adquirir los referidos derechos de emisión a otras empresas que no hayan consumido la totalidad de los derechos asignados (asumiendo, por consiguiente, los costes que derivan de una mayor emisión de gases de efecto invernadero a la atmósfera) o bien generar ellas mismas dichos derechos. Por lo que se refiere a la generación de los derechos, ésta puede derivar de los Mecanismos de Desarrollo Limpio o Proyectos de Reducción Conjunta. Así, mientras que los primeros consisten en inversiones en proyectos de minoración de emisiones en países en vías de desarrollo, los segundos suponen la materialización, de forma conjunta, entre empresas de dos países desarrollados de proyectos de reducción de emisiones de forma complementaria a las medidas previstas en la normativa interna de cada uno de dichos países.

Además, cabe la posibilidad de que los derechos de emisión sean adquiridos por sujetos no contaminantes atendiendo a diversos propósitos (por ejemplo, una finalidad meramente especulativa).

Por tanto, los derechos de emisión pueden ser objeto de comercio al igual que acontece con otro tipo de derechos o bienes. Así, el artículo 12.1 de la Directiva establece que los Estados miembros velarán para que los derechos de emisión puedan transmitirse entre las personas físicas y jurídicas³ en

³ En este sentido, el artículo 19.2 de la Directiva establece que cualquier persona puede ser titular de los derechos de emisión, titularidad que deberá reflejarse en el Registro correspondiente establecido con esta finalidad.

el ámbito de la Unión Europea, así como con aquéllas de terceros países donde estén reconocidos tales derechos en virtud de acuerdos que puedan realizarse en aplicación de lo previsto en el artículo 25 de la Directiva. Además, los Estados deben posibilitar que se reconozcan los derechos de emisión expedidos por las autoridades competentes de otros Estados miembros. En términos similares se manifiesta el artículo 21 de la Ley 1/2005.

II. LA EXISTENCIA DE UN RÉGIMEN JURÍDICO HETEROGÉNEO DE LOS DERECHOS DE EMISIÓN DESDE UN PUNTO DE VISTA INTERNACIONA

En el ámbito de la Unión Europea puede apreciarse una heterogeneidad en cuanto al tratamiento contable y tributario de los derechos de emisión⁴.

⁴ Al respecto, *vid. Taxation of emissions trading within the EU. From (non-) existing regulation to daily practice and opportunities* (<http://www.pwc.com/extweb/pwcpublications>).

Por lo que se refiere a esta cuestión, cabe hacer mención a la pregunta planteada ante la Comisión Europea por el eurodiputado finés Esko Olavi Seppänen en 2003 en la que se hacía referencia a que, según su criterio, en la propuesta de Directiva de la Comisión, precedente de la citada Directiva 2003/87/CE, se abordaban deficientemente las cuestiones relativas a la tributación de los derechos de emisión; por ello, preguntaba a la Comisión cómo podía ésta garantizar que, en todos los Estados miembros, el Impuesto sobre la Renta, el Impuesto sobre el Patrimonio y el Impuesto sobre el Valor Añadido se determinaran de una manera armónica tanto en los casos que se produjera la venta de derechos de emisión, como en los supuestos en que no existiera la citada transmisión.

Ante esta pregunta, la Comisión, en su contestación de 4 de septiembre de 2003, argumentó que, desde un punto de vista tributario, la venta o conservación de los derechos de emisión no sería gravada, por lo que respecta a la tributación directa, de la misma manera en los diferentes Estados miembros, ya que no está prevista una armoni-

En lo que atañe al tratamiento contable en la esfera internacional, debe recordarse que el International Financial Reporting Interpretations Committee (en adelante, IFRIC) había publicado una interpretación específica para la contabilización de los derechos de emisión de acuerdo con los estándares europeos (IFRIC 3), la cual señalaba, entre otras cuestiones, que la empresa debía contabilizar la asignación o compra de dichos derechos como activo intangible. No obstante, ante las críticas vertidas sobre dicha interpretación, la IFRIC 3 fue retirada por la International Accounting Standards Boards en junio de 2005.

Ante esta falta de una norma contable de general aplicación, algunos Estados han aprobado unos criterios internos de contabilización. Este es el caso de España, donde la Resolución del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas de 8 de febrero de 2006 (en adelante, Resolución del ICAC) determina que la adjudicación, generación o adquisición de los derechos de emisión por parte de empresas a las que se hayan adjudicado derechos de emisión a través del Plan nacional de asignación español deben contabilizarse como un inmovilizado inmaterial, habilitando para ello la cuenta 216

zación de dichos impuestos en el ámbito europeo. En lo que atañe a la tributación indirecta, la venta de los derechos de emisión se debía considerar como una prestación de servicios en el sentido de la Sexta Directiva 77/388/CEE del Consejo, de 17 de mayo de 1977, en materia de armonización de las legislaciones de los Estados miembros relativas a los impuestos sobre el volumen de negocios, estando sujeta la citada prestación al Impuesto sobre el Valor Añadido en todos los Estados miembros.

Prosigue la Comisión señalando que, con ocasión de las enmiendas a la propuesta que presentó el Parlamento Europeo en primera lectura, la Directiva no podía crear obligaciones tributarias para los Estados miembros que trascendieran su ámbito de aplicación ya que los Estados miembros siguen siendo competentes en el ámbito tributario.

“Derechos de emisión de gases de efecto invernadero”.

En relación con la contabilización de los derechos de emisión, consideramos necesario hacer referencia al nuevo Plan General de Contabilidad, aprobado por el Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre⁵. Del mismo debemos destacar, por una parte, que ya no se utiliza la denominación “inmovilizado inmaterial”, sino que se emplea la de “inmovilizado intangible”; por otra parte, llama la atención el hecho de que en dicho Plan no aparezca expresamente una cuenta específica para el reflejo contable de los derechos de emisión de las empresas generadoras de gases de efecto invernadero, a diferencia de lo previsto en la citada Resolución del ICAC. No obstante, como prevé el nuevo Plan General de Contabilidad, para la contabilización de los elementos del inmovilizado intangible que no tengan atribuida una cuenta específica de contabilización en el citado Plan, deberá abrirse una cuenta en el subgrupo 20, cuyo movimiento será similar al de las restantes cuentas del inmovilizado intangible.

Debemos indicar también que la entrada en vigor del nuevo Plan General de Contabilidad no ha supuesto la derogación expresa y total de la Resolución del ICAC. En este sentido, la Disposición transitoria quinta del Real Decreto 1514/2007 establece que las disposiciones de desarrollo en materia contable (entre las que se encuentra la Resolución del ICAC) seguirán en vigor en todo aquello que no contravengan al nuevo Plan General de Contabilidad.

Debemos proseguir nuestra exposición recordando que la titularidad de los derechos de emisión se puede ostentar no sólo con la finalidad de cumplir lo previsto en el Plan nacional de asignación por las empresas emisoras de gases de efecto invernadero, sino que puede ser meramente especulativa o, incluso, circunscrita a la actividad habitual de la em-

⁵ Cuya entrada en vigor se ha producido el 1 de enero de 2008.

presa (empresas que se dedican a la compra-venta de derechos de emisión).

En relación con las empresas que son titulares de los derechos de emisión con una finalidad especulativa, podía considerarse (teniendo presente el derogado Plan General de Contabilidad de 1990) que los citados derechos no constituían un elemento del inmovilizado intangible, sino un activo financiero con vencimiento, bien a largo plazo, bien a corto plazo, según cual fuera su tiempo de permanencia en el activo de la empresa. Sin embargo, con la entrada en vigor del nuevo Plan General de Contabilidad, su contabilización como un instrumento financiero puede ser una cuestión controvertida si se analiza la definición que del mismo se recoge en el citado Plan: *un instrumento financiero es un contrato que da lugar a un activo financiero en una empresa y, simultáneamente, a un pasivo financiero a un instrumento financiero o a un instrumento de patrimonio en otra empresa.*

Entendemos que, en este supuesto, la empresa posee un elemento del activo que va a estar destinado para la venta por lo que, en última instancia, la empresa podría clasificar dicho elemento dentro del "activo no corriente mantenido para la venta", categoría introducida en el nuevo Plan General de Contabilidad.

En relación con las empresas dedicadas a la compra-venta de los derechos de emisión como actividad ordinaria, y a falta de un pronunciamiento específico al respecto por parte del legislador o del ICAC, estimamos que los derechos de emisión deberían reflejarse en el balance de la empresa como existencias⁶, al ser éstos los elementos de su tráfico habitual. Realizamos esta afirmación tomando en consideración la definición que, del término "existencias", realiza el nuevo

⁶ En el mismo sentido se manifiesta CSIKÓS, Katalin, "International Tax Implications of Tradable Allowances", *European Taxation*, Vol. 47, núm. 3, 2007, pág. 136.

Plan General de Contabilidad, donde se indica que *son activos poseídos para ser vendidos en el curso normal de la explotación*, por lo que, estimamos que, si la venta de los derechos de emisión se realiza dentro de la actividad ordinaria de la empresa, cabría calificar a los derechos de emisión como existencias.

Por lo que se refiere al tratamiento contable de los derechos de emisión en el ámbito de la Unión Europea, debe indicarse que el mismo no es homogéneo⁷. Así, y en relación con los derechos de emisión asignados por las diferentes Administraciones, en la mayoría de los Estados se reflejan en el balance como inmovilizado intangible, mientras que en otros aparece contabilizado como existencias u otros bienes del activo circulante. Por lo que se refiere a los derechos de emisión adquiridos en el mercado, en una gran parte de los Estados se contabilizan éstos como activo intangible, pero existen casos en que los derechos de emisión se registran como existencias u otros elementos del activo circulante, incluso como inversiones financieras si los citados derechos son adquiridos con fines especulativos.

La falta de un régimen tributario homogéneo en el ámbito interno puede incidir también en la fiscalidad del comercio transfronterizo de los derechos de emisión, siendo susceptible de generarse situaciones de doble imposición e, incluso, nula tributación de las operaciones, como consecuencia de la aplicación de diversos criterios en relación con la valoración de los derechos, el reconocimiento de las rentas vinculadas a los mismos, etc. Asimismo, pueden existir problemas de determinación de la calificación de las rentas

⁷ En relación con el tratamiento contable en el ámbito internacional de los derechos de emisión, *vid. Trouble-entry accounting-Revisited. Uncertainty in accounting for the EU Emissions Trading Scheme and Certified Emissions Reductions* (<http://www.ieta.org/ieta/www/pages/getfile.php?docID=2535>).

obtenidas por la transmisión de los derechos de emisión a la hora de aplicar el correspondiente Convenio para evitar la doble imposición.

En el presente trabajo vamos a analizar, en primer lugar, la tributación del comercio de los derechos de emisión en el ámbito interno español, para, posteriormente, examinar la tributación de dicho comercio en la esfera internacional desde una doble perspectiva: por un lado, teniendo presente lo previsto en el Modelo de Convenio de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico -cuya última versión es de 15 de julio de 2005- para evitar la doble imposición jurídica internacional en materia de Renta y Patrimonio (en adelante, MC OCDE), ya que es el seguido por la mayoría de los Estados, y especialmente por España, a la hora de negociar sus respectivos instrumentos bilaterales. Por otra parte, atendiendo a la normativa interna de cada Estado ya que será ésta la que se aplique en el caso de que no exista un Convenio para evitar la doble imposición. Desde esta perspectiva analizaremos los aspectos más relevantes del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2004, de 5 de marzo (en adelante, TRLIRNR) que, en nuestra opinión, inciden sobre el comercio de los derechos de emisión.

III. LA TRIBUTACIÓN DEL COMERCIO DE LOS DERECHOS DE EMISIÓN EN EL ÁMBITO INTERNO

A la hora de analizar el régimen del comercio de los derechos de emisión en el ámbito interno, debemos considerar el Impuesto sobre Sociedades (en adelante, IS)⁸ ya que, ge-

⁸ En relación con el régimen tributario de los derechos de emisión en el IS, *vid.* BILBAO ESTRADA, Iñaki y MATEOS ANSÓTEGUI, Ana Isabel, "El Impuesto sobre Sociedades y los derechos de emisión de gases de efecto invernadero", *Revista de Contabilidad y Tributación*,

neralmente, serán personas jurídicas las que intervengan en este tipo de comercio. No obstante, y tal como establecen la Directiva 2003/87/CE y la Ley 1/2005, en la transmisión de los derechos de emisión pueden participar personas físicas, lo que comporta estudiar los aspectos más relevantes que el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (en adelante, IRPF) proyecta sobre este tipo de operaciones⁹.

Por lo que se refiere al régimen del comercio de los derechos de emisión en el IS¹⁰, debe partirse del tratamiento contable de las operaciones relativas a los citados derechos ya que, a falta de un régimen tributario específico en el Impuesto, se deberá estar a lo previsto contablemente. A este respecto, es necesario recordar que el artículo 10.3 del Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (en adelante, TRLIS) prevé que, *en el método de estimación directa, la base imponible se calculará corrigiendo, mediante la aplicación de los preceptos establecidos en esta Ley, el resultado contable determinado de acuerdo con las normas previstas en el Código de Comercio, en las demás Leyes relativas a dicha determinación y en las disposiciones que se dicten en desarrollo de las citadas normas.*

Nuestro trabajo en este punto lo desarrollaremos desde una triple perspectiva, examinando, en primer lugar, a las empresas generadoras de gases de efecto invernadero; en

núm. 78, 2006, págs. 83 a 128. Asimismo, de estos autores, *vid.* "La provisión por derechos de emisión de gases de efecto invernadero: instrumento de planificación fiscal en el Impuesto sobre Sociedades", *Tribuna Fiscal*, núm. 194, 2006, págs. 16 a 31.

⁹ El artículo 21.2 de la Ley 1/2005 establece que *la adquisición de derechos de emisión por una persona física o jurídica que no tenga la condición de titular de instalación requerirá la previa apertura de una cuenta de haberes en el Registro nacional de derechos de emisión.*

¹⁰ El artículo 8 del TRLIS establece que entidades se consideran residentes en territorio español y, por tanto, contribuyentes del IS.

segundo lugar, a las empresas que, no siendo contaminantes, su actividad habitual es la compra-venta de los derechos de emisión y, finalmente, a las empresas que, siendo otra su actividad, adquieren los derechos de emisión con una finalidad meramente especulativa.

Por lo que se refiere a la titularidad de los derechos de emisión por parte de las empresas generadoras de gases de efecto invernadero es necesario indicar que la empresa puede ostentar dicha titularidad, bien porque le han sido adjudicados los derechos en el Plan nacional de asignación, bien porque los ha adquirido en el mercado o, finalmente, porque los ha generado. En todos estos casos, los derechos de emisión deben ser registrados contablemente como un inmovilizado intangible, debiendo cuantificarse por su valor razonable, por su precio de adquisición o por su coste de producción, respectivamente, según cual sea su forma de adquisición.

En el supuesto de que los derechos hayan sido atribuidos gratuitamente por el Plan nacional de asignación, la Resolución del ICAC prevé que, como contrapartida, se deberá recoger una cuenta de "Ingresos a distribuir en varios ejercicios", es decir, como si la atribución de los derechos fuera una subvención no reintegrable. Dichos ingresos se irán imputando a resultados, bien a medida que la empresa contamina y usa los derechos que le fueron asignados a tal fin, bien los transmite, ya que en ambos casos se genera la obligación de devolver los derechos utilizados a la Administración¹¹.

En este punto consideramos oportuno hacer referencia al tratamiento de las subvenciones no reintegrables en el nuevo Plan General de Contabilidad. Las citadas subvenciones se

¹¹ BILBAO ESTRADA, Iñaki y MATEOS ANSÓTEGUI, Ana Isabel, "El Impuesto sobre Sociedades y los derechos de emisión de gases de efecto invernadero", ob. cit., págs. 112 y 113.

contabilizarán, con carácter inicial, como ingresos directamente imputables al patrimonio neto, reconociéndose en la cuenta de pérdidas y ganancias como ingresos sobre una base sistemática y racional de acuerdo con los gastos derivados de la subvención. Estimamos que el nuevo marco contable también permite la aplicación de lo previsto en la Resolución del ICAC, por lo que el valor de los derechos asignados se irá imputando a resultados conforme vaya naciendo la obligación de devolverlos.

En el caso de que la empresa tenga la voluntad de transmitir los derechos de emisión, y de la materialización efectiva de dicha voluntad, derivan las siguientes consecuencias contables y tributarias. En primer lugar, si se cumplen los requisitos previstos en la Norma de Registro y Valoración 7ª del nuevo Plan General de Contabilidad, deberán clasificarse contablemente los referidos derechos como activo no corriente mantenido para la venta, valorándose los derechos en la nueva clasificación por el menor de los dos importes siguientes: su valor contable o su valor razonable menos los costes de venta.

En segundo lugar, la transmisión de los derechos de emisión por parte de una empresa va a comportar, en el caso de los derechos adjudicados gratuitamente por la Administración (no así por lo que se refiere a los derechos adquiridos en el mercado o generados por la empresa), la obligación de imputar como ingreso el importe del valor de los derechos recibidos, atendiendo a lo previsto para las subvenciones no reintegrables. Asimismo, para la empresa transmitente se va a generar un beneficio o pérdida computado por la diferencia entre el valor de transmisión y el valor contable de los derechos.

Por lo que se refiere a las empresas cuya actividad habitual es la compra-venta de derechos de emisión, la empresa los habrá contabilizado como existencias. Su transmisión va a dar lugar a un rendimiento ordinario de la empresa, de-

biendo contabilizarse, como ingreso de la actividad, la cantidad obtenida.

En último lugar, si la empresa es titular de los derechos con una finalidad meramente especulativa, la empresa habrá contabilizado los derechos de emisión como un elemento de su activo, generándose una ganancia o pérdida para la empresa por la diferencia entre el valor de transmisión y el valor contable de los derechos de emisión¹².

Para finalizar el estudio del comercio de los derechos de emisión en el IS es necesario indicar que en el caso de que la transmisión de los derechos se realice entre las personas o entidades vinculadas a las que se refiere el artículo 16.3 del TRLIS, la operación deberá cuantificarse imperativamente por las partes intervinientes por su valor normal de mercado, entendido por tal el *acordado por personas o entidades independientes en condiciones de libre competencia*, debiendo las partes documentar la aplicación del citado valor¹³.

Analizado el régimen del comercio de los derechos de emisión en el IS, proseguimos nuestra exposición examinando los aspectos más relevantes que el IRPF¹⁴ proyecta sobre

¹² El tipo de gravamen aplicable sobre la base imponible para determinar la cuota íntegra es, a partir del 1 de enero de 2008, el 30 por 100. Por su parte, para las entidades de reducida dimensión, el tipo de gravamen aplicable sobre los primeros 120202,41 euros de base imponible es el 25 por 100, recayendo sobre el exceso el 30 por 100.

¹³ En referencia al tratamiento tributario de las operaciones vinculadas en el IS, *vid.* CENCERRADO MILLÁN, Emilio, "La nueva regulación de las operaciones vinculadas: caracterización y procedimiento", *Civitas Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 134, 2007, págs. 343 y ss.

¹⁴ En relación con quiénes deben considerarse contribuyentes en el IRPF, *vid.* los artículos 8 a 10 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las Leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio (en adelante, LIRPF).

este tipo de comercio. A este respecto, debemos recordar que en los transmitentes de los derechos de emisión pueden ser personas físicas¹⁵.

Aunque la normativa prevé que una persona física puede ser titular de una instalación contaminante a la que se le asignen derechos de emisión, es necesario indicar que el titular de la instalación contaminante es, con carácter general, una persona jurídica¹⁶. En cambio, puede ser más frecuente que una persona física ostente la titularidad de los derechos, bien para dedicarse a la compra-venta de los mismos como actividad ordinaria, bien con una mera finalidad especulativa.

En el caso de las personas físicas titulares de una instalación contaminante a la que se le asignan derechos de emisión, éstos están desarrollando una actividad económica si nos atenemos a la definición que, del término "rendimientos de la actividad económica" realiza el artículo 27.1 de la LIRPF¹⁷.

No obstante, es necesario recordar que la renta derivada de la transmisión de los elementos del inmovilizado afectos a

¹⁵ *Vid.* el artículo 21 de la Ley 1/2005.

¹⁶ En este sentido, *vid.* el Anexo A del Real Decreto 1370/2006 donde se recogen las instalaciones contaminantes a las que se le asignan derechos de emisión para el período 2008-2012.

¹⁷ Este precepto establece que *se considerarán rendimientos íntegros de actividades económicas aquellos que, procediendo del trabajo personal y del capital conjuntamente, o de uno solo de estos factores, supongan por parte del contribuyente la ordenación por cuenta propia de medios de producción y de recursos humanos o de uno de ambos, con la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes o servicios*.

En particular, tienen esta consideración los rendimientos de las actividades extractivas, de fabricación, comercio o prestación de servicios, incluidas las de artesanía, agrícolas, forestales, ganaderas, pesqueras, de construcción, mineras, y el ejercicio de profesiones liberales, artísticas y deportivas.

la actividad económica no se califica como rendimiento de la actividad económica, sino que dicha transmisión genera para el contribuyente una ganancia o pérdida de patrimonio, la cual se integra en la base imponible del ahorro, entrando en juego el tipo de gravamen proporcional regulado en los artículos 66 y 76 de la LIRPF, es decir, el 18 por 100. En cuanto al cómputo de la ganancia o pérdida de patrimonio, ésta se determinará por la diferencia entre el valor de transmisión y el valor de adquisición, precisando el artículo 37.1.n) de la LIRPF que, en el caso de transmisión de elementos afectos a la actividad económica, se considerará, como valor de adquisición, el valor contable, sin perjuicio de las especialidades que correspondan en materia de amortización¹⁸.

Expuesto lo anterior cabe preguntarse si los derechos de emisión que son objeto de transmisión pueden considerarse elementos afectos a la actividad económica del contribuyente. El artículo 29 de la LIRPF, en su letra c), precisa que se califican como elementos afectos, además de los bienes inmuebles y de los bienes destinados a los servicios económicos y sociales del personal al servicio de la actividad, los elementos patrimoniales que sean necesarios para la obtención de los rendimientos.

La adjudicación de los derechos de emisión es imprescindible para que la instalación contaminante pueda desarrollar su actividad (y, por lo tanto, generar rendimientos) ya que la emisión de gases de efecto invernadero es cosustancial a la misma. Por ello, entendemos que la venta de los derechos comporta una ganancia o pérdida de patrimonio al contribuyente titular de la instalación, realizándose su cálculo de acuerdo con lo previsto para la transmisión de los elementos afectos a la actividad económica.

¹⁸ En relación con la posible amortización de los derechos de emisión, cabe indicar que la Resolución del ICAC señala expresamente su imposibilidad de amortización.

Proseguimos nuestra exposición haciendo referencia al caso de la persona física que se dedica tanto como actividad habitual, como con carácter esporádico y especulativo, a la compra-venta de los derechos de emisión. En ambos casos, para calificar esta actividad como actividad económica a efectos del Impuesto es necesario que se cumplan los requisitos previstos en el artículo 27.1 de la LIRPF. Si no concurren estos requisitos, la renta que genera la venta de los derechos de emisión debe calificarse como una ganancia o pérdida de patrimonio.

El hecho de que se considere que el contribuyente está realizando una actividad económica es relevante ya que la renta generada por la transmisión de los derechos de emisión se integrará en la base imponible general, aplicándose, en este caso, la tarifa progresiva prevista en los artículos 62 y 74 de la Ley 35/2006 (cuyo tipo marginal mínimo es el 24 por 100, siendo el tipo marginal máximo el 43 por 100), mientras que, si entiende que no se está realizando una actividad de esta naturaleza, la enajenación de los derechos generará una ganancia o pérdida de patrimonio, la cual se integrará en la base imponible del ahorro, aplicándose, en este caso, el tipo de gravamen proporcional del 18 por 100.

Para finalizar, debemos reseñar lo previsto en el artículo 41 de la LIRPF. En este precepto se hace referencia a la regla de valoración aplicable en el caso de operaciones vinculadas, entrando en juego el criterio de valor de mercado regulado en el artículo 16 del TRLIS¹⁹.

¹⁹ El párrafo tercero del artículo 16 del TRLIS establece qué personas o entidades deben considerarse vinculadas. Este precepto señala, entre otras, que las operaciones realizadas entre los socios y la sociedad deben calificarse como vinculadas. Por ello, en el caso de que un socio transmitiera los derechos de emisión a la sociedad se debería aplicar el criterio de valor de mercado.

IV. LA TRIBUTACIÓN DEL COMERCIO DE LOS DERECHOS DE EMISIÓN EN LA ESFERA INTERNACIONAL

1. CUESTIONES PRELIMINARES

En el presente apartado vamos a analizar aquellos aspectos tributarios que se refieren a las transacciones transfronterizas de los derechos de emisión teniendo presente lo previsto en el MC OCDE (que es el seguido por la mayoría de los Estados a la hora de negociar los respectivos instrumentos bilaterales) y en el TRLIRNR, ya que éste último será de aplicación tanto en el supuesto de que no exista Convenio para evitar la doble imposición, como en el caso de que el Convenio permita que la soberanía tributaria española pueda someter a gravamen la renta derivada de la transmisión de los derechos.

Como es conocido, la existencia de una situación de doble imposición internacional es un obstáculo para el comercio de los derechos de emisión, al igual que acontece con el comercio de otro tipo de bienes o derechos.

A la hora de solventar los problemas ocasionados por la doble imposición en el ámbito internacional, cabe recordar que los Estados pueden arbitrar medidas unilaterales con dicha finalidad, así como firmar Convenios con otros Estados.

El MC OCDE se caracteriza por la atribución de la potestad de imposición sobre la renta a los Estados signatarios (artículos 6 a 21) y por la aplicación, en su caso, de las medidas para corregir la doble imposición previstas en su artículo 23.

2. EL CONCEPTO DE ESTABLECIMIENTO PERMANENTE Y LA INSCRIPCIÓN DE LA TITULARIDAD DE LOS DERECHOS DE EMISIÓN EN UN REGISTRO PÚBLICO

En este apartado nos proponemos examinar si cabría considerar que una empresa o particular residente en un Estado, los cuales tienen registrados la titularidad de los derechos de emisión en el Registro habilitado al efecto en otro Estado, actúan, por el mero hecho de dicha inscripción registral, en éste mediante un establecimiento permanente. A este respecto, cabe recordar que el artículo 19.2 de la Directiva 2003/87/CE prevé que la titularidad de los derechos de emisión se inscribirá en el correspondiente Registro establecido con dicha finalidad.

El hecho de que se considere que las rentas derivadas de la transmisión de los derechos de emisión son obtenidas mediante un establecimiento permanente conlleva que las citadas rentas puedan ser gravadas en el Estado donde se encuentre ubicado el Registro atendiendo a lo previsto en los artículos 7.1 y 13.2 del MC OCDE. A igual conclusión llegaremos en el caso en que no exista un Convenio para evitar la doble imposición y sea de aplicación lo previsto en la normativa interna; así, en el caso de España, el artículo 13.1.a) del TRLIRNR sujeta a gravamen *las rentas de actividades o explotaciones económicas realizadas mediante establecimiento permanente situado en territorio español*.

Para resolver la cuestión analizada, debemos partir de la definición que, del término "establecimiento permanente", recoge el artículo 5.1 del MC OCDE, así como la prevista en el citado artículo 13.1.a) del TRLIRNR.

Por lo que se refiere al primero de dichos preceptos, se conceptúa a un establecimiento permanente como *un lugar fijo de negocios mediante el cual una empresa realiza todo o parte de su actividad*.

Asimismo, el artículo 5.5 del MC OCDE considera que

también se actúa mediante establecimiento permanente cuando una empresa dispone en el otro Estado contratante de una persona, distinta de un agente independiente, que actúe por cuenta de dicha empresa, y ostente y ejerza habitualmente en un Estado contratante poderes que le facultan para concluir contratos en nombre de la citada empresa.

En cualquier caso, el párrafo segundo del artículo 5 del MC OCDE recoge una serie de supuestos en los que se considera la existencia de un establecimiento permanente. Son: las sedes de dirección; las sucursales; las oficinas; las fábricas; los talleres; las minas, los pozos de petróleo y de gas, las canteras o cualquier otro lugar de extracción de recursos naturales y, por último, las obras de construcción, instalación y montaje cuando su duración excede de doce meses. En relación con este listado, debe indicarse que es meramente enunciativo.

Por su parte, el artículo 13.1.a), párrafo segundo, del TRLIRNR determina que se opera mediante establecimiento permanente en territorio español cuando se disponga en éste, *de forma continuada o habitual, de instalaciones o de lugares de trabajo de cualquier índole, en los que se realice todo o parte de su actividad, o actúe en él por medio de un agente autorizado para contratar en nombre y por cuenta del contribuyente, que ejerza con habitualidad dichos poderes*. En el párrafo tercero se recoge un listado de instalaciones que se consideran establecimiento permanente: *en particular, se entenderá que constituyen establecimiento permanente las sedes de dirección, las sucursales, las oficinas, las fábricas, los talleres, los almacenes, tiendas u otros establecimientos, las minas, los pozos de petróleo o de gas, las canteras, las explotaciones agrícolas, forestales o pecuarias o cualquier otro lugar de exploración o de extracción de recursos naturales, y las obras de construcción, instalación o montaje cuya duración exceda de seis meses*.

Atendiendo a lo dispuesto en los preceptos analizados, puede extraerse la conclusión de que el simple hecho de que una empresa o un particular no residentes tengan inscrita la titularidad de los derechos de emisión en el preceptivo Registro de un Estado no comporta la existencia de un establecimiento permanente al no concurrir, por dicha circunstancia, ni un lugar fijo de negocios, ni un agente autorizado para contratar en nombre y por cuenta de los citados sujetos. Por tanto, y teniendo sólo en cuenta esta circunstancia, las rentas derivadas de la transmisión de los derechos de emisión no podrían considerarse obtenidas mediante un establecimiento permanente y susceptibles, consecuentemente, de ser gravadas en el Estado donde se encuentre establecido el Registro.

No obstante, y a efectos de evitar posibles controversias, consideramos que ésta es una cuestión que debería clarificarse, así como adoptar un tratamiento uniforme al respecto en el ámbito de la Unión Europea²⁰.

3. LAS RENTAS VINCULADAS AL COMERCIO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS DE EMISIÓN Y LAS REGLAS DE DISTRIBUCIÓN DE LA POTESTAD DE IMPOSICIÓN SOBRE DICHAS RENTAS

A. Introducción

En este apartado vamos a analizar a qué Estado le corresponde gravar las rentas derivadas de la enajenación de los derechos de emisión en las operaciones transfronterizas, lo que supone, como punto de partida, una cuestión de cali-

²⁰ Vid., asimismo, *Legal nature of GHG Emission Reductions: An International Workshop*, celebrado en Londres los días 25 y 26 de mayo de 2004, pág. 15 (<http://www.field.org.uk/PDF/LNA%20REPORT%20final.pdf>).

ficación de dichas rentas atendiendo a lo dispuesto tanto en el articulado del MC OCDE, como en la normativa interna de los Estados.

A este respecto, debemos comenzar recordando que las empresas o particulares pueden ser titulares de los derechos de emisión con la finalidad de cumplir lo previsto en la legislación (las empresas emisoras de gases de efecto invernadero), pero también lo pueden realizar dentro del ámbito de su actividad empresarial habitual (es decir, se van a dedicar a la compra-venta de estos derechos) o, incluso, como una mera inversión especulativa, siendo el objeto de su actividad otro distinto²¹. Nuestro trabajo vamos a desarrollarlo teniendo presente estos tres escenarios.

Además, dicho análisis lo realizaremos desde una doble perspectiva ya que tendremos en cuenta tanto la existencia de Convenio para evitar la doble imposición, como la falta del mismo a la hora de precisar las reglas de distribución de la potestad de imposición.

B. Sujetos titulares de instalaciones emisoras de gases de efecto invernadero

a) Existencia de Convenio para evitar la doble imposición

a') Beneficios empresariales

En relación con este tipo de empresas, el primer interrogante que se plantea es si la renta obtenida por la enajenación de los derechos de emisión se puede calificar como un beneficio empresarial, o bien habría que calificarlo como otro tipo de renta a efectos de la aplicación del MC OCDE.

El artículo 7.1 del MC OCDE atribuye el poder de im-

²¹ En relación con la motivación de los adquirentes de los derechos de emisión, *vid.* MANNING, John y GHATAURY, Sunny, "Emissions Trading and Tax", *The Tax Journal*, núm. 889, 2007, pág. 20.

sición al Estado contratante donde resida el perceptor del beneficio empresarial, salvo que desarrolle su actividad empresarial en el Estado de la fuente mediante un establecimiento permanente ubicado en este último, en cuyo caso el Estado donde se encuentre ubicado el establecimiento permanente lo podrá someter a imposición.

Aunque la atribución de los beneficios empresariales se configura como uno de los temas de mayor relevancia en el ámbito de la tributación convencional, en el citado precepto no se precisa qué constituyen, a estos efectos, "beneficios empresariales", ni su determinación o cuantificación.

Ante la citada indefinición, se ha suscitado la cuestión relativa a si se debe acudir a la normativa interna de los Estados contratantes para delimitar el concepto de "beneficio empresarial" o cabría acudir a una interpretación convencional autónoma.

A la hora de analizar este tema, CALDERÓN CARRERO²² indica que, en los Comentarios al párrafo séptimo del artículo 7 del MC OCDE, se establece que el término "beneficios" debe considerarse en un sentido amplio, afectando a toda la renta vinculada al funcionamiento de una empresa. En este sentido, prosigue el párrafo 32 de los citados Comentarios indicando que esta interpretación laxa es la seguida en la normativa tributaria de la mayoría de los Estados de la OCDE. Éste sería el caso de España, donde, como se ha expuesto previamente, el artículo 10.3 del TRLIS establece que la base imponible del Impuesto estará compuesta por el resul-

²² CALDERÓN CARRERO, José Manuel, "Comentarios al artículo 7", en VV. AA., *Comentarios a los convenios para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal concluidos por España (Análisis a la luz del modelo de Convenio de la OCDE y de la legislación y la jurisprudencia española)*, Fundación Pedro Barrié de la Maza-Instituto de Estudios Económicos de Galicia, A Coruña, 2004, pág. 421.

tado contable de la misma, corregido, en su caso, por lo previsto en las disposiciones reguladoras del IS²³.

No obstante lo anterior, en el último párrafo del artículo 7 del MC OCDE se precisa que, si los beneficios de la empresa recogen tipos de rentas regulados en otros preceptos del MC OCDE, se deberá estar a lo dispuesto en dichos preceptos. Por ello, CALDERÓN CARRERO indica que "el ámbito objetivo del artículo 7 se define desde el convenio, en tanto en cuanto son otras disposiciones del convenio las que delimitan (positiva o negativamente) su ámbito operativo"²⁴.

Por tanto, habría que determinar si la renta derivada de la transmisión de los derechos de emisión se encuentran regulada en otros preceptos del MC OCDE, en cuyo caso, sería de aplicación lo previsto específicamente en el precepto correspondiente; en caso contrario, se deberían calificar como "beneficios empresariales". Por razones evidentes, las rentas derivadas de la transmisión de los derechos de emisión no podrían encuadrarse en los artículos 6 (rentas inmobiliarias), 8 (navegación marítima, interior y aérea), 10 (dividendos), 11 (intereses), 15 (rentas del trabajo), 16 (remuneración de consejeros), 17 (artistas y deportistas), 18 (pensiones), 19 (servicios gubernamentales) y 20 (estudiantes) del MC OCDE.

²³ El TRLIS no define tampoco el término "beneficio empresarial". No obstante, el artículo 121.3 del TRLIS considera que son rendimientos de una "explotación económica" *aquellos que procediendo del trabajo personal y del capital conjuntamente, o de uno solo de estos factores, supongan por parte del sujeto pasivo la ordenación por cuenta propia de los medios de producción y de recursos humanos o de uno de ambos con la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes o servicios*.

²⁴ CALDERÓN CARRERO, José Manuel, "Comentarios al artículo 7", en VV. AA., *Comentarios a los convenios para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal concluidos por España (Análisis a la luz del modelo de Convenio de la OCDE y de la legislación y la jurisprudencia española)*, ob. cit., pág. 422.

En cambio, consideramos que los artículos 12 (cánones), 13 (ganancia de capital) y 21 (otras rentas) merecen un análisis más pormenorizado.

b') Cánones

De acuerdo con el artículo 12.2 del MC OCDE: *el término cánones en el sentido de este artículo significa las cantidades de cualquier clase pagadas por el uso o la concesión de uso, de derechos de autor sobre obras literarias artísticas o científicas, incluidas las películas cinematográficas, de patentes, marcas de fábrica o de comercio, dibujos o modelos, planos, fórmulas o procedimientos secretos, o por informaciones relativas a experiencias industriales, comerciales o científicas*.

Según el párrafo primero del artículo 12, los cánones procedentes de un Estado contratante, y propiedad efectiva de un residente del otro Estado contratante, sólo pueden someterse a imposición en dicho Estado, es decir, en el Estado de residencia del perceptor de la renta. No obstante, España ha formulado una reserva a este criterio de sujeción; ello ha permitido que en la mayoría de los Convenios firmados por nuestro país se haya establecido que el Estado de la fuente puede gravar también los cánones.

Expuesto lo anterior, cabría plantearse si las cantidades pagadas por la transmisión de los derechos de emisión podrían considerarse englobadas dentro de dicha definición. Formulamos esta hipótesis ya que, en primer lugar, el IFRIC, en su interpretación de la contabilización de los derechos de emisión, conocida como IFRIC 3, proponía que éstos debían reflejarse como activos inmateriales²⁵ (al igual que sucede con otros activos de esta naturaleza como las patentes, marcas, etc.) y ser reconocidos en los estados fi-

²⁵ Como ya se ha indicado, en el mismo sentido se manifiesta la Resolución del ICAC.

nancieros de las empresas, tanto en el caso de que sean adjudicados por el gobierno, como comprados en el mercado. No obstante, la IFRIC 3 fue retirada debido a las críticas recibidas y, en la actualidad, no existe un tratamiento internacional homogéneo en materia de contabilización de los derechos de emisión.

En segundo lugar, en la interpretación que, sobre la naturaleza de los derechos de emisión, han realizado las Administraciones tributarias de algunos Estados miembros de la Unión Europea, equiparando dichos derechos con los derechos de propiedad intelectual o industrial. En este sentido, y en relación con el Impuesto sobre el Valor Añadido, la Dirección General de Tributos considera que la enajenación de los derechos de emisión debe calificarse como una prestación de servicios, configurándose como "la transmisión de una licencia administrativa que habilita a su titular a la emisión a la atmósfera de un volumen determinado de dióxido de carbono proveniente de la producción de energía" (contestación a consulta de 5 de julio de 2006, núm. V1335-06)²⁶, siendo de aplicación la regla de localización de los servicios prevista en el artículo 70.uno, número 5º, de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido. Dicha regla afecta, entre otros, a los servicios consistentes en las cesiones y concesiones de derechos de autor, patentes, licencias, marcas de fábrica o comerciales y los demás derechos de propiedad intelectual o industrial, así como cualesquiera otros derechos²⁷.

²⁶ Vid. también las contestaciones a consultas de 7 de julio (núm. V1396-06) y 27 de diciembre (núm. V2587-06) de 2006. Estas contestaciones pueden consultarse en <http://www.minhac.es>.

²⁷ Sobre el régimen tributario de los derechos de emisión en el Impuesto sobre el Valor Añadido, vid. KOGELS, Han A., "VAT aspects of the trade in CO2 emissions allowances", *International Vat Monitor*, Vol. 15, núm. 4, 2004, págs. 231 a 235; SEPULCHRE, Vincent, "Protocole

Igualmente, y en referencia a Finlandia, RÄTY²⁸ señala que la Administración tributaria finesa, atendiendo a su naturaleza de activos intangibles, compara los derechos de emisión con los derechos de propiedad intelectual y las patentes.

No obstante lo anterior, debemos indicar que las rentas derivadas de la transmisión de los derechos de emisión no pueden calificarse como cánones por dos razones. La primera de ellas y fundamental, la cual deriva del tenor del precepto analizado, es que las rentas incluidas en esta definición son las vinculadas al uso o cesión de uso de determinados derechos y no las que derivan de su transmisión. La segunda es, como indica CSIKÓS²⁹, que la definición del artículo 12.2 MC OCDE es particular para los Convenios, por lo que cualquier otra interpretación referida a la normativa doméstica no tiene cabida. Así, los derechos de emisión no se pueden considerar como derechos de propiedad industrial o intelectual, o know-how³⁰.

de Kyoto et directive 2003/87: aspects TVA du commerce de quotas d'émission de gaz à effet de serre", *Revue générale de fiscalité*, Vol. 36, núm. 12, 2005, págs. 21 a 32 y ANÍBARRO, PÉREZ, Susana, "Incidencia del Impuesto sobre el Valor Añadido en el mercado de los derechos de emisión de gases de efecto invernadero", *Nueva Fiscalidad*, núm. 10, 2005, págs. 9 a 32.

²⁸ RÄTY, Päivi, *The relation between accounting and taxation: the example of emission rights-Accounting aspects*, Comunicación presentada el 8 de junio de 2007 al Congreso de la European Association of Tax Law Professors, celebrado en Helsinki (<http://www.eatlp.org>)

²⁹ CSIKÓS, Katalin, "International Tax Implications of Tradable Allowances", ob. cit., pág. 139.

³⁰ GARCÍA HEREDIA delimita el significado del término "cánones" en el ámbito convencional con las siguientes palabras: "se puede afirmar que los cánones son rentas procedentes de los derechos sobre bienes intangibles, es decir, propiedad intelectual, propiedad industrial y know-how (GARCÍA HEREDIA, Alejandro, *Fiscalidad internacional de*

c') Ganancias de capital

El artículo 13 del MC OCDE establece la regla de distribución de la potestad de imposición en relación con las ganancias de capital derivadas de la transmisión de elementos patrimoniales. En este precepto no existe una determinación expresa de lo que debe entenderse, a estos efectos, por "ganancias de capital".

No obstante lo anterior, en el párrafo 5 de los Comentarios realizados a este artículo se precisa que el término "transmisión de la propiedad" es usado para englobar, en particular, las ganancias de capital derivadas de la venta o permuta de bienes, la enajenación parcial, la expropiación, la aportación social, la venta de un derecho, de una donación e, incluso, de la transmisión *mortis causa*.

Consecuentemente, a la hora de determinar qué debe entenderse por "ganancias de capital" habrá que estar a lo dispuesto en la normativa interna de los Estados contratantes, sin perjuicio de que, en todo caso, los supuestos contemplados en el párrafo de los Comentarios analizado deben considerarse como generadores de una ganancia de capital, con independencia de cual sea su calificación en el ámbito del Derecho doméstico.

Con la finalidad de delimitar las ganancias de capital englobadas en el artículo 13 del MC OCDE, hay que indicar que este precepto abarcaría tanto las generadas a largo, como a corto plazo (ganancias especulativas), incluso a las derivadas de la depreciación de la moneda nacional del Estado³¹.

los cánones: derechos de autor, propiedad industrial y Know-how, Lex Nova, Valladolid, 2007, pág. 41).

³¹ Vid. el párrafo onceavo de los Comentarios al artículo 13 del MC OCDE.

Expuesto lo anterior cabría preguntarse si la enajenación de los derechos de emisión por parte de una empresa contaminante puede generar una ganancia de capital a los efectos del artículo 13 del MC OCDE. En relación con esta cuestión, debemos analizar si los citados derechos de emisión se encuentran dentro de los elementos a los que son de aplicación el precepto objeto de nuestro análisis.

El artículo 13 del MC OCDE se refiere a los bienes inmuebles -párrafo primero-; a los bienes muebles que formen parte del activo de un establecimiento permanente -párrafo segundo-; buques, aeronaves o embarcaciones -párrafo tercero-; y acciones de empresas inmobiliarias -párrafo cuarto-. Por último, en su párrafo quinto se hace referencia a las ganancias derivadas de la enajenación de cualquier bien no comprendido en los párrafos anteriores, las cuales sólo se gravarán en el Estado donde resida el transmitente.

GARCÍA PRATS³² indica que una interpretación literal de lo previsto en este último párrafo comportaría, al emplear éste el término "bienes", que la transmisión de derechos no pudiera considerarse como generadora de una ganancia de capital. No obstante, señala el autor que los Comentarios del artículo 13 incluyen, dentro de los supuestos contemplados como enajenación de bienes, la venta de un derecho, lo que ha llevado a que autores como VOGEL, SHANNON y VAN RAAD manifiesten que las ganancias de capital derivadas de la enajenación de derechos de encuentran dentro del ámbito del precepto analizado.

Esta amplia interpretación es la que mantiene el Tribunal

³² GARCÍA PRATS, Francisco Alfredo, "Comentarios al artículo 13", en VV. AA., *Comentarios a los convenios para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal concluidos por España (Análisis a la luz del modelo de Convenio de la OCDE y de la legislación y la jurisprudencia española)*, Fundación Pedro Barrié de la Maza-Instituto de Estudios Económicos de Galicia, A Coruña, 2004, pág. 760.

Supremo en la Sentencia de 3 de junio de 2000 (RJ 2000, 4874); el Alto Tribunal entiende que el artículo análogo del Convenio Hispano-Alemán al actual artículo 13.5 del MC OCDE, en relación con la transmisión de un derecho de propiedad intelectual sobre un sistema de software, "tiene presente lo que son las típicas y generalizadas ganancias de capital, que son aquéllas que se realizan por la enajenación de los bienes y derechos".

En nuestra opinión, si el transmitente de los derechos de emisión es una empresa emisora de gases de efecto invernadero, la misma está transfiriendo un elemento de su inmovilizado intangible, operación que no se enmarca en el ámbito de su actividad empresarial ordinaria, por lo que es de aplicación lo previsto en el artículo 13.5 del MC OCDE.

En contra de nuestro criterio podría argumentarse que los derechos de emisión son bienes afectos al desarrollo de la actividad empresarial del transmitente por lo que la renta generada por su transmisión merece la calificación de beneficio empresarial y no de ganancia de capital³³.

Según nuestra opinión, el hecho relevante no es si los derechos de emisión constituyen un elemento afecto a la actividad, sino si su transmisión se enmarca dentro de la actividad ordinaria de la empresa. En apoyo de nuestro criterio podemos hacer referencia a varias Sentencias del Tribunal Supremo.

Así, la citada Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de junio de 2000 considera que la transmisión de los derechos de

³³ La Sentencia de la Audiencia Nacional de 18 de enero de 2001 (JT 2001, 416), sin decantarse expresamente por ninguna de las dos siguientes calificaciones, considera que las cantidades abonadas por los derechos de traspaso de un jugador de fútbol (los cuales constituyen un elemento del inmovilizado intangible del club) se encuentran reguladas, bien en el artículo 21 del MC OCDE (otras rentas), bien en el artículo 7 del MC OCDE (beneficios empresariales).

propiedad intelectual sobre un sistema de software (elemento afecto al desarrollo de la actividad empresarial) por parte de una empresa automovilística genera, a efectos convencionales, una ganancia de capital.

Por otra parte, la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de junio de 2001 (RJ 2001, 6288) estima que la operación donde una empresa automovilística transfiere a otra la tecnología de los componentes de un determinado modelo no puede constituir el objeto de un contrato traslativo de un derecho de propiedad, por lo que la renta derivada de esta operación no debe calificarse como ganancia de capital, sino como canon. Siguiendo el razonamiento del Alto Tribunal, cabría entender que si en la operación se hubiera producido una transmisión del dominio, nos encontraríamos ante una ganancia de capital y, por tanto, no ante un beneficio empresarial.

Para finalizar este apartado, debemos indicar que si los derechos de emisión formaran parte del activo de un establecimiento permanente, que un sujeto de un Estado contratante tiene en el otro Estado contratante, y que emite gases de efecto invernadero (estando, por tanto, afectos a la actividad funcional del establecimiento), la renta derivada de la venta de los derechos podría someterse a imposición en este último Estado, en virtud de lo dispuesto en el artículo 13.2 del MC OCDE.

En relación con esta cuestión debemos indicar que en el MC OCDE no se define expresamente el término "bienes muebles". No obstante, en el párrafo 24 de los Comentarios al artículo 13 del MC OCDE se precisa que, dentro de dicho término, se debe incluir la propiedad incorporal, como por ejemplo la licencias, por lo que entendemos que la expresión "bienes muebles", a efectos convencionales, incluye los derechos de emisión.

En este caso en que los derechos transmitidos forman parte del activo de un establecimiento permanente se produ-

cirá una situación de doble imposición ya que, por norma general, el Estado de residencia del titular del establecimiento permanente someterá a imposición a aquél por su renta mundial, incluida la generada por este último.

d') Otras rentas

En el artículo 21 del MC OCDE se recoge, bajo la denominación "otras rentas", cualquiera de las no mencionadas en los artículos precedentes de dicho Modelo. En este caso, el gravamen de las rentas se atribuirá en exclusiva al Estado de residencia del perceptor (párrafo primero).

Por otro lado, cuando el beneficiario efectivo de dicha renta, residente en un Estado contratante, realice en el otro Estado contratante una actividad o negocio a través de un establecimiento permanente situado en éste y el derecho o el bien por el que se obtengan las rentas esté vinculado directamente a dicho establecimiento permanente, será de aplicación lo dispuesto en el artículo 7 del MC OCDE (párrafo segundo del artículo 21 del MC OCDE), es decir, se podrán someter a imposición en el Estado en que se encuentre ubicado el establecimiento permanente.

En nuestra opinión, lo previsto en este artículo no es de aplicación en relación con las rentas derivadas de la transmisión de los derechos de emisión realizadas por empresas generadoras de gases contaminantes. Como ha sido objeto de análisis previo, la renta derivada de la transmisión de los derechos de emisión por parte de ese tipo de empresas debe calificarse como una ganancia de capital, la cual se encuentra regulada en el artículo 13.5 del Modelo OCDE.

b) Inexistencia de Convenio para evitar la doble imposición

Antes de empezar a analizar esta cuestión debemos indi-

car que, en virtud de lo previsto en el artículo 25 de la Directiva 2003/87/CE, la Unión Europea puede llegar a acuerdos con terceros países de los mencionados en el Anexo B del Protocolo de Kyoto que lo hayan ratificado a efectos de establecer el reconocimiento mutuo de los derechos de emisión entre el régimen comunitario y otros regímenes de comercios de derechos de emisión de gases de efecto invernadero, lo que permitiría las transacciones transfronterizas de los derechos entre estos Estados.

De los países incluidos actualmente en el referido Anexo, la mayoría de ellos son Estados miembros de la Unión Europea. Con el resto de Estados mencionados, la Unión Europea no ha llegado a ningún acuerdo de esta naturaleza (aunque con algunos de ellos se están llevando a cabo negociaciones), por lo que, en estos momentos, no cabrían transmisiones reconocidas de derechos entre empresas europeas y empresas de dichos Estados. Además, salvo el caso de Mónaco, España tiene firmados Convenios para evitar la doble imposición con los países incluidos en el Anexo.

Por tanto, el estudio que vamos a realizar en este apartado tendrá una mayor relevancia en la medida en que tanto se incorporen nuevos Estados al Anexo B que no tengan firmados Convenios de doble imposición con España, como la Unión Europea vaya suscribiendo acuerdos de reconocimiento de los derechos con dichos Estados.

Expuesto lo anterior, proseguimos nuestro análisis indicando que, como es conocido, en el caso de que no exista Convenio habrá que estar a lo previsto en la legislación doméstica.

En el supuesto de que el transmitente de los derechos fuera un sujeto no residente en España, hay que acudir a la regulación del artículo 13 del TRLIRNR. De los criterios recogidos, y por lo que consideramos relevante a efectos de este trabajo, debe analizarse lo previsto en la letra a) de su párrafo 1. En este precepto se establece que las rentas de

actividades o explotaciones económicas realizadas mediante establecimiento permanente situado en territorio español se consideran obtenidas en este territorio.

Esta disposición es necesario conectarla con lo dispuesto en el artículo 16.c) del TRLIRNR, el cual establece que, dentro de las rentas imputables al establecimiento permanente, se incluyen *las ganancias o pérdidas patrimoniales derivadas de los elementos patrimoniales afectos al establecimiento permanente*, considerándose como tales *los vinculados funcionalmente al desarrollo de la actividad que constituye su objeto*.

En el caso de que el no residente desarrolle su actividad empresarial en España mediante una instalación contaminante (por ejemplo, una fábrica dedicada a la producción de pasta de papel), si éste transmitiera sus derechos de emisión, nos encontraríamos ante la enajenación de un elemento patrimonial afecto a un establecimiento permanente, por lo que la renta obtenida se encontrará sujeta a imposición en España.

En este caso en que la renta se ha obtenido mediante establecimiento permanente, para determinar la base imponible y la deuda tributaria es de aplicación lo previsto en los artículos 18 y siguientes del TRLIRNR. En este sentido, y por lo que se refiere al tipo de gravamen aplicable, éste es, a partir del 1 de enero de 2008, el 30 por 100.

Para concluir este apartado, consideramos oportuno hacer referencia a la previsión contenida en el artículo 14.1.c) del TRLIRNR, el cual declara exentas las ganancias patrimoniales derivadas de bienes muebles obtenidas por establecimientos permanentes cuya titularidad corresponde a residentes situados en otro Estado miembro de la Unión Europea.

Con base en el anterior precepto cabría plantearse si la ganancia derivada de la transmisión de los derechos de emisión vinculados a una instalación contaminante (establecimiento permanente), cuya titularidad corresponde a un suje-

to residente en otro Estado de la Unión Europea y que tiene firmado con España un Convenio para evitar la doble imposición, se incluiría dentro del ámbito de aplicación de dicho precepto. Aunque en este caso existe Convenio, la posibilidad de someter a imposición esta renta por la ley doméstica, que el artículo 13.2 del MC OCDE prevé, y la consecuente aplicación del artículo 13.1.a) del TRLIRNR, comporta que la ganancia esté sujeta a gravamen en España.

Formulamos este posible supuesto de exención ya que, como hemos tenido ocasión de analizar previamente, dentro del término "bienes muebles" que recoge el artículo 13.2 del MC OCDE, se incluyen los derechos.

Sin embargo, consideramos que este supuesto de exención no tiene cabida ya que la definición del término "bienes muebles" recogida a efectos convencionales no es de aplicación a la legislación doméstica. La interpretación de la norma española debe realizarse teniendo presente que el artículo 12, párrafo primero, de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (en adelante, LGT) establece que *las normas tributarias se interpretarán con arreglo a lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 3 del Código Civil*, precisando el párrafo segundo que *en tanto no se definan por la normativa tributaria, los términos empleados en sus normas se entenderán conforme a su sentido jurídico, técnico o usual según proceda*.

El artículo 335 del Código Civil español determina que los bienes muebles son aquellos que son susceptibles de apropiación y no se califican como bienes inmuebles por el artículo 334. Por su parte, el artículo 336 considera bienes muebles a las rentas o pensiones afectas a una persona o familia, siempre que no graven como carga real un bien inmueble, los oficios enajenados, los contratos sobre servicios públicos y las cédulas y títulos representativos de préstamos hipotecarios.

Del contenido de los anteriores preceptos puede extraerse la conclusión de que los derechos de emisión no pueden calificarse como bienes muebles a efectos de la legislación española, por lo que no cabría considerar la ganancia de patrimonio vinculada al establecimiento permanente como exenta. Dicha conclusión queda reforzada por el hecho de que el artículo 14 de la LGT prohíbe la analogía para extender más allá de sus términos estrictos el ámbito del hecho imponible y el de las exenciones y bonificaciones.

C. Sujetos que se dedican habitualmente a la compra-venta de los derechos de emisión

a) Existencia de Convenio para evitar la doble imposición

En este caso, consideramos que las rentas derivadas de la transmisión de los derechos de emisión deben calificarse, en términos del Convenio, como beneficios empresariales ya que dicha transmisión se enmarca dentro del desarrollo de la actividad ordinaria de la empresa, siendo de aplicación, por tanto, lo previsto en el artículo 7.1 del MC OCDE, sin que, en virtud de la remisión realizada por el párrafo séptimo de este artículo, entren en juego otros preceptos del MC OCDE³⁴.

No obstante, los beneficios empresariales derivados de este tipo de operaciones se podrían gravar en España si el

³⁴ Entendemos que existe una diferencia en relación con la calificación de las rentas obtenidas por las empresas contaminantes que enajenan sus derechos de emisión, ya que éstas transmiten un elemento de su activo fuera del curso ordinario de su actividad, por lo que, en este último supuesto, debe buscarse la existencia de un precepto específico que califique la renta. Como hemos comentado en páginas anteriores, en este caso es de aplicación lo previsto en el artículo 13.5 del Modelo OCDE.

sujeto no residente actuara en nuestro país mediante establecimiento permanente, en virtud de lo previsto en el párrafo segundo del artículo 7 del Modelo OCDE.

b) Inexistencia de Convenio para evitar la doble imposición

En relación con el supuesto examinado, consideramos que deben analizarse los siguientes párrafos del artículo 13 del TRLIRNR. En primer lugar, el párrafo primero, letra a), el cual determina que se consideran obtenidas en territorio español las rentas de actividades o explotaciones económicas realizadas mediante establecimiento permanente situado en el mismo³⁵.

Lo dispuesto en este apartado es necesario vincularlo con la regulación del artículo 16.a) del TRLIRNR, el cual determina que, dentro de las rentas imputables al establecimiento permanente, se encuentran *los rendimientos de actividades o explotaciones económicas desarrolladas por dicho establecimiento permanente*.

Por lo tanto, si un sujeto no residente, que se dedica al comercio de los derechos de emisión, realiza esta actividad desde un establecimiento permanente situado en territorio español, la renta generada se someterá a imposición en nuestro país, aplicándose en este caso, para la determinación de la base imponible y el tipo de gravamen, lo previsto en los artículos 18 y siguientes del TRLIRNR.

³⁵ El TRLIRNR no define qué debe entenderse por actividad o explotación económica. El párrafo tercero del artículo 13 del TRLIRNR determina que, para la calificación de los distintos conceptos de renta en función de su procedencia, se atenderá a lo dispuesto en este precepto, y en su defecto, a lo regulado en el TRLIRPF. En esta última norma, en su artículo 27.1, se definen los rendimientos de la actividad económica.

Podría suscitar alguna duda interpretativa el tenor del artículo 13.2 del TRLIRNR, el cual determina que están no sujetos al Impuesto los rendimientos satisfechos por razón de compraventas internacionales de mercancías (supuesto de no sujeción que se aplica tanto si los rendimientos son obtenidos mediante establecimiento permanente, como en el caso de que no ocurra esta circunstancia).

Desde un punto de vista contable cabría reflejar, en el balance, como existencias los derechos de emisión cuando son detentados por una entidad o persona física que se dedica habitualmente a su compra-venta. De esta forma de contabilización entendemos que no cabe la asimilación de los derechos de emisión con las mercancías, las cuales tienen una naturaleza material a diferencia de los derechos, por lo que los derechos de emisión no pueden equipararse a las mercancías y beneficiarse, por tanto, de este supuesto de no sujeción, sin que pueda aplicarse analógicamente el beneficio tributario en virtud de lo previsto en el artículo 14 de la DGT.

En segundo lugar, la letra b) del párrafo primero del artículo 13 del TRLIRNR considera obtenidas en territorio español *las rentas de actividades o explotaciones económicas realizadas sin mediación de establecimiento permanente situado en territorio español, cuando no resulte de aplicación otro párrafo de este artículo*, en una serie de supuestos, del que destacamos, a efectos de nuestro trabajo, lo establecido en el número 1º: *cuando las actividades económicas sean realizadas en territorio español*.

Por tanto, habrá que determinar, en primer lugar, si la renta derivada de las transmisiones de los derechos de emisión, realizada como actividad económica, puede incardinarse en otro de los párrafos del artículo 13. Del contenido de este artículo, consideramos oportuno analizar, atendiendo al objeto del presente trabajo, en primer lugar, la letra f) del artículo 13.1. En este precepto, en su número 3º, se so-

mete a imposición a *los cánones o regalías satisfechos por personas o entidades residentes en territorio español o por establecimientos permanentes situados en éste, o que se utilicen en territorio español*, considerándose como cánones o regalías *las cantidades pagadas por el uso o la concesión de uso de derechos de propiedad industrial e intelectual, derechos sobre programas informáticos, informaciones relativas a experiencias industriales, comerciales o científicas, derechos personales susceptibles de cesión y equipos industriales, comerciales o científicos*.

En nuestra opinión, esta disposición no es de aplicación cuando el no residente transmite los derechos de emisión a un residente en España o establecimiento permanente situado en nuestro territorio, ya que en esta operación no existe el abono de una determinada cantidad por el uso o cesión de uso de los elementos anteriormente citados, sino que se está transfiriendo la titularidad dominical de los derechos. Además, los derechos de emisión no se pueden enmarcar dentro de la tipología de derechos recogida en el precepto.

En segundo lugar, debe hacerse referencia a la letra i) del artículo 13.1 del TRLIRNR que, en su número 2º, somete a gravamen las ganancias patrimoniales *cuando se deriven de otros bienes muebles, distintos de los valores, situados en territorio español o de derechos que deban cumplirse o se ejerciten en territorio español*.

Estimamos que, en este supuesto de sujeción, se deberían incardinar las rentas derivadas de la transmisión de los derechos de emisión por el sujeto no residente a favor de un sujeto que sea titular en nuestro país de una instalación contaminante, porque será en territorio español donde se ejerciten los derechos. En este caso, el tipo de gravamen aplicable a la ganancia de patrimonio para determinar la cuota tributaria es, de acuerdo con el artículo 25.1.f)3º del TRLIRNR, el 18 por 100. También en este supuesto existirá la obligación, por parte del adquirente de los derechos de emisión, de

practicar retención (salvo que se acredite el pago del Impuesto) cuando el citado adquirente sea uno de los sujetos mencionados en el artículo 31.1 del TRLIRNR, lo que eximirá, en su caso, al transmitente de los derechos de la obligación de presentar la declaración del Impuesto atendiendo a lo previsto en el artículo 28.3 del TRLIRNR.

Mayores dificultades encontramos para considerar sujeta al Impuesto la renta en el caso de que el adquirente residente se dedique a comercializar los derechos ya que éstos, ni deben cumplirse, ni se van a ejercitar³⁶ por el citado adquirente en territorio español, ya que aquél va a proceder a su enajenación, por lo que consideramos que la renta derivada de la transmisión no se encuentra sometida a imposición en virtud de lo previsto en el citado artículo 13.1.i)2º del TRLIRNR.

En última instancia, cabría examinar si la venta de los derechos de emisión por el no residente se puede calificar como actividad económica realizada en territorio español quedando, de esta forma, sujeta a gravamen en España atendiendo a lo dispuesto en el artículo 13.1.b)1º del TRLIRNR. En relación con este supuesto, consideramos que no se está realizando el hecho imponible del Impuesto ya que el no residente no desarrolla, desde un punto de vista material, ninguna actividad económica en territorio español.

Por tanto, la renta derivada de la venta de los derechos de emisión por un no residente, que actúa sin mediación de establecimiento permanente, cuando el adquirente va a transmitirlos, no ejercitándolos, por tanto, en territorio es-

³⁶ HORTALÁ I VALLVÈ, siguiendo a BAENA AGUILAR, considera que "cabe entender excluidas del hecho imponible las ganancias que derivan de derechos que puedan pero no deban ejercitarse en España" (HORTALÁ I VALLVÈ, Joan, *Comentarios a la Red Española de Convenios de Doble Imposición*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2007, pág. 473).

pañol, estimamos que es una operación no sujeta al Impuesto sobre la Renta de no Residentes.

D. Sujetos que son titulares de los derechos de emisión con una finalidad especulativa

a) Existencia de Convenio para evitar la doble imposición

En este apartado vamos a analizar cuál es el criterio de distribución de la potestad de imposición cuando los derechos de emisión son transmitidos por empresas o particulares que no son titulares de instalaciones contaminantes, ni se dedican habitualmente a la compra-venta de los derechos de emisión, sino que los poseen con una finalidad especulativa (por ejemplo, una entidad financiera que adquiere los derechos de emisión para negociar con ellos).

En primer lugar, habría que determinar si, en el caso de que los titulares sean empresas, las rentas obtenidas podrían calificarse como beneficios empresariales y aplicar, de esta forma, la previsión contenida en el artículo 7 del MC OCDE. No obstante, de acuerdo con lo expuesto anteriormente, el párrafo séptimo del artículo 7 precisa que, en el caso de que las rentas se encuentren reguladas en otros artículos del MC OCDE, se deberá estar a lo dispuesto en ellos.

Al examinar los criterios de imposición cuando los derechos son transmitidos por titulares de instalaciones contaminantes, señalamos que, en este supuesto, existe un precepto específico al respecto, que es el artículo 13.5 del MC OCDE, llegando a la conclusión de que las rentas derivadas de la transmisión de los derechos se incardinan en este supuesto de hecho.

En nuestra opinión, el mismo criterio de sujeción tiene lugar cuando los derechos son transmitidos por empresas que son titulares de éstos con una finalidad meramente especulativa. En este sentido, el párrafo once de los Comenta-

rios al artículo 13 del Modelo OCDE indica que este precepto engloba a las ganancias de capital especulativas. La aplicación de lo dispuesto en el citado artículo 13.5 determina que la ganancia vinculada a la transmisión de los derechos sólo puede someterse a imposición en el Estado de residencia del transmitente.

Por otro lado, si los derechos de emisión forman parte del activo de un establecimiento permanente, el párrafo segundo del artículo 13 preceptúa que la ganancia puede gravarse en el Estado en que se halle el citado establecimiento.

Finalmente, debemos indicar que también se aplicará el artículo 13.5 (o 13.2 si se actúa mediante establecimiento permanente) del MC OCDE cuando un particular sea el titular de los derechos como inversión, calificándose la renta, asimismo, como ganancia de capital.

b) Inexistencia de Convenio para evitar la doble imposición

De acuerdo con lo ya expuesto, el artículo 13.1.a) del TRLIRNR considera obtenidas en territorio español las rentas de actividades o explotaciones económicas realizadas mediante establecimiento permanente situado en el mismo. Por su parte, el artículo 16.c) del TRLIRNR entiende, como rentas imputables al establecimiento permanente, las ganancias o pérdidas de patrimonio relativas a los elementos patrimoniales afectos al establecimiento permanente, siendo éstos los vinculados, con un carácter funcional, al desarrollo de la actividad que constituye su objeto.

Si el no residente desarrolla una actividad económica mediante un establecimiento permanente en nuestro país y transmite los derechos de emisión que forman parte del activo del referido establecimiento, habría que determinar si éstos se pueden considerar vinculados funcionalmente al

objeto de su actividad, cuestión que, entendemos, dependerá de la tipología del establecimiento en cuestión.

Si a través del establecimiento se desarrolla una actividad financiera, dentro del ámbito de su actividad se encuentra la compra-venta de activos financieros. En páginas anteriores señalamos la posibilidad de que en el caso de que los derechos de emisión se ostenten por una empresa con una finalidad especulativa, éstos se contabilizaran como activos financieros, aunque, teniendo presente el nuevo Plan General de Contabilidad, en nuestra opinión, los derechos de emisión deberían clasificarse, en última instancia, dentro de la categoría de activos no corrientes mantenidos para la venta. En este caso, consideramos que la venta de los derechos estaría conectada con la actividad del establecimiento permanente, por lo que cabría entender que los derechos de emisión se encuentran vinculados a su objeto, estando, por tanto, la renta sometida a imposición en España. En este supuesto, para determinar la base imponible y el tipo de gravamen se deberá tener en cuenta lo previsto en los artículos 18 y siguientes del TRLIRNR.

Por otra parte, el artículo 13.1.b) del TRLIRNR entiende obtenidas en territorio español las rentas derivadas de actividades o explotaciones económicas realizadas sin mediación de establecimiento permanente situado en dicho territorio (siempre que no resulte de aplicación otro párrafo del artículo 13), entre otros supuestos, cuando las actividades económicas sean llevadas a cabo en nuestro territorio (número 1º).

Si la venta de los derechos de emisión se enmarca dentro del desarrollo de una actividad económica realizada por el no residente (realiza una ordenación por cuenta propia de los medios de producción y de los recursos humanos), habría que determinar si son de aplicación otras de las disposiciones contenidas en el artículo 13.

Entendemos que el número 3º, de la letra b), del párrafo primero (cánones o regalías) -el cual aplica el criterio del

pago y de la utilización- no tiene cabida ya que esta disposición se refiere sólo al uso o concesión de uso, y no a la transmisión, de determinados derechos, entre los que no se encuentran los derechos de emisión.

El número 2º de la letra i) del artículo 13.1 del TRLIRNR, que afecta a las ganancias de patrimonio derivadas de derechos que deban cumplirse o se ejerciten en territorio español, estimamos que tiene relevancia si los derechos son adquiridos por el titular de una instalación contaminante situada en territorio español, ya que será aquí donde se ejerciten. En este caso, el tipo de gravamen aplicable a la ganancia es el 18 por 100 (artículo 25.1.f)3º del TRLIRNR), debiendo aplicarse la correspondiente retención si los adquirentes son algunos de los sujetos previstos en el artículo 31.1 del TRLIRNR, lo que eximirá al transmitente, en su caso, de la obligación de presentar la declaración (artículo 28.3 del TRLIRNR).

Por el contrario, si los derechos de emisión son adquiridos por un sujeto residente que se va a dedicar a comercializarlos, estimamos que no sería de aplicación lo dispuesto en el citado artículo 13.1.i)2º, ya que los derechos no deben cumplirse, ni se van a ejercitar por el adquirente en territorio español. En este supuesto, en última instancia, cabría determinar si la renta está vinculada a una actividad económica realizada en territorio español, lo que permitiría someterla a imposición (artículo 13.1.b)1º. No obstante, al no realizarse materialmente la actividad económica en territorio español, entendemos que la renta no podría someterse a gravamen en España.

Para finalizar esta apartado habría que determinar si la renta derivada de la transmisión de los derechos realizada fuera del ámbito de una actividad económica por el no residente estaría sujeta a imposición en nuestro país. En este caso, sería de aplicación lo previsto en el artículo 13.1.i)1º del TRLIRNR, por lo que la ganancia de patrimonio se en-

contraría gravada en el caso de que los derechos deban cumplirse o se ejerciten en territorio español, siendo de aplicación lo anteriormente analizado relativo al tipo de gravamen de la ganancia y retenciones.

4. LOS PRECIOS DE TRANSFERENCIA

La transmisión de bienes y derechos puede realizarse en el ámbito internacional entre empresas que tienen entre sí un alto grado de vinculación, lo que les permitiría pactar en términos distintos de los que se hubieran convenido, en condiciones normales de mercado, entre partes independientes, con la finalidad básica de reducir o diferir la carga impositiva. Esta circunstancia también es predicable en el caso del comercio de los derechos de emisión.

Con el objeto de determinar la valoración que debe realizarse en este tipo de operaciones, el MC OCDE, en su artículo 9.1 establece que a) *cuando una empresa de un Estado contratante participe directa o indirectamente en la dirección, el control o el capital de una empresa del otro Estado contratante* o b) *unas mismas personas participen directa o indirectamente en la dirección, el control o el capital de una empresa de un Estado contratante y del otro Estado contratante, y en uno y otro caso las dos empresas estén, en sus relaciones comerciales o financieras, unidas por condiciones aceptadas o impuestas que difieran de las que serían acordadas por empresas independientes, los beneficios que habrían sido obtenidos por una de las empresas de no existir dichas condiciones, y que de hecho no se han realizado a causa de las mismas, podrán incluirse en los beneficios de esa empresa y sometidos a imposición en consecuencia.*

Los términos laxos en los que se manifiesta este precepto en relación con lo que debe entenderse por vinculación, comporta que se deba acudir, en última instancia, a la normativa interna de los Estados contratantes en virtud de lo

previsto en el artículo 3.2 del MC OCDE. En el caso de España, habrá que tener en consideración el contenido del artículo 16 del TRLIS³⁷. En este precepto, tras la reforma experimentada por la Ley 36/2006, de 29 de noviembre, de medidas para la prevención del fraude fiscal, ya no es la Administración la que debe valorar las operaciones vinculadas por el valor de mercado, sino que es el contribuyente quien está obligado a hacerlo, pudiendo la Administración comprobar que la operación se haya valorado siguiendo el citado criterio.

Por lo que se refiere al fundamento de esta norma sobre los precios de transferencia, ésta se encuentra en la voluntad, por parte de las Administraciones tributarias, de evitar, generalmente en el seno de grupos multinacionales, la transmisión de bases imponibles entre distintas jurisdicciones mediante la determinación de precios de forma artificiosa distintos al valor de mercado³⁸.

Por tanto, en el caso de que el titular de los derechos de emisión, residente en España, los transmitiera, incumpliendo su obligación de valorarlos por el valor de mercado, a una empresa residente en otro Estado contratante de un Convenio para evitar la doble imposición, la Administración española podría corregir la base imponible de la empresa residente, realizando el correspondiente ajuste (conocido como ajuste primario).

El hecho de que un Estado realice el ajuste primario y no se lleve a cabo el correspondiente ajuste compensatorio en el otro Estado contratante, puede generar una situación de doble imposición económica. Por ello, el párrafo segundo del artículo 9 MC OCDE determina que *cuando un Estado contratante incluya en los beneficios de una empresa de ese Esta-*

³⁷ HORTALÁ I VALLVÈ, Joan, *Comentarios a la Red Española de Convenios de Doble Imposición*, ob. cit., pág. 279.

³⁸ *Ibidem* pág. 281.

do –y se someta, en consecuencia, a imposición- los beneficios sobre los cuales una empresa del otro Estado contratante ha sido sometida a imposición en ese otro Estado, y los beneficios así incluidos son beneficios que habrían sido realizados por la empresa del Estado mencionado en primer lugar, si las condiciones convenidas entre las dos empresas hubieran sido las que se hubiesen convenido entre empresas independientes, ese otro Estado practicará el ajuste correspondiente de la cuantía del Impuesto que ha percibido sobre esos beneficios (...).

En relación con este segundo párrafo, debemos realizar una serie de comentarios. En primer lugar, la utilización del modo imperativo en el tenor de la norma, no debe contemplarse desde un punto de vista literal, es decir, queda a la voluntad del segundo Estado realizar el ajuste siempre que éste considere que el ajuste primario corresponde a una adecuada aplicación del valor de mercado (párrafo sexto del Comentario al artículo 9 del MC OCDE).

En segundo lugar, en muchos de los Convenios firmados por España no se encuentra incluida una disposición de naturaleza análoga a la prevista en el párrafo segundo del artículo 9 del MC OCDE. No obstante, el párrafo sexto del Comentario al artículo 25 del MC OCDE señala expresamente que el procedimiento amistoso previsto en este artículo es aplicable, aún cuando no exista una disposición similar al artículo 9.2 en el Convenio en cuestión.