



- ◆ Trabajo realizado por la Biblioteca Digital de la Universidad CEU-San Pablo
- ◆ Me comprometo a utilizar esta copia privada sin finalidad lucrativa, para fines de investigación y docencia, de acuerdo con el art. 37 de la M.T.R.L.P.I. (Modificación del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual del 7 julio del 2006)

# La fiscalidad de los derechos de emisión en España<sup>1</sup>

*Juan Ignacio Gorospe Oviedo\**

Sumario: 1. Introducción. 2. Naturaleza jurídica y calificación. 3. Tributación en el impuesto sobre sociedades. 3.1. Valoración fiscal e imputación de ingresos por la asignación. 3.2. La transmisión de los derechos de emisión. 3.3. Gastos deducibles: pérdidas por deterioro, provisión por derechos de emisión, provisión para actuaciones medioambientales y provisión para responsabilidades. 3.4. Gastos no deducibles: sanciones administrativas. 3.5. Entrega y cancelación de los derechos de emisión. 3.6. Beneficios fiscales que se pueden aprovechar generando o transmitiendo derechos. 4. Tributación en el impuesto sobre el valor añadido. 4.1. La asignación: gratuita y mediante subasta. 4.2. La transmisión de los derechos de emisión. 4.3. Entrega y cancelación de los derechos de emisión. 4.4. Lugar de realización de la transmisión de derechos de emisión. 4.5. El sujeto pasivo en la transmisión de derechos de emisión. 5. Conclusiones.

## Introducción

El 29 de abril de 1998 la Comunidad Europea firmó el Protocolo de Kyoto. Cuatro años después se aprobó la Decisión 2002/358/CE, comprometiéndose los 15 Estados miembro a reducir las emisiones de gases de 1990 en un 8% para 2008-2012.

Con objeto de hacer efectivo ese compromiso se aprobó la Directiva 2003/87/CE, de 13 de octubre de 2003, por la que se establece un régimen para el comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero en la Comunidad. Entre la opción de actuaciones coactivas para compensar las externalidades negativas y las medidas creadas por el mercado, se optó por la segunda vía con el fin de reducir las emisiones allí

---

1 Este estudio se realizó en el marco del proyecto de investigación "La tributación del comercio de derechos de emisión y su problemática legal y contable", con referencia USP-BSCH-04/08, financiado por el Banco Santander Central Hispano.

\* Profesor agregado de derecho financiero y tributario de la Universidad CEU San Pablo.

donde sea menos costoso, permitiendo que quien las reduzca obtenga un beneficio frente a quien no lo hace. El procedimiento consiste en fijar un cupo de emisiones para cada país, sector e instalación. Se articulan tres instrumentos: la autorización de emisiones, el Plan Nacional de Asignación (en adelante, PNA) y la asignación individual. De este modo, un Estado o una empresa podrá comprar o vender a otros Estados o empresas permisos de emisión para cumplir las cuotas asignadas: los venderá cuando las emisiones estén por debajo de la cuota asignada, los comprará cuando las emisiones excedan de dicha cuota.

El comercio de derechos de emisión de CO<sub>2</sub> plantea numerosos interrogantes en el marco de los impuestos sobre sociedades y sobre el valor añadido, por la posibilidad de transmitirse entre personas físicas o jurídicas en la Unión Europea o, incluso, en terceros Estados, previo reconocimiento mutuo de los derechos de las partes firmantes en virtud de instrumento internacional, como dispone el artículo 21 de la Ley 1/2005, de 9 de marzo, por la que se regula el régimen del comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero, en transposición de la Directiva 2003/87/CE. Actualmente está en marcha un anteproyecto de ley de reforma de la Ley 1/2005, con objeto de trasponer dos directivas comunitarias que han modificado la originaria de 2003: la Directiva 2008/101/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre de 2008, que tiene como objeto la inclusión de la aviación en el régimen comunitario de comercio de derechos de emisión para vuelos con origen o destino en aeropuertos comunitarios a partir de 2012, y la Directiva 2009/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, que acomete una revisión en profundidad del régimen comunitario de comercio de derechos de emisión que será de aplicación a partir de 2013,<sup>1</sup> incorporando gases distintos del CO<sub>2</sub>,<sup>2</sup> incluidas las grandes instalaciones industriales contaminantes, excluyendo las que generen menos de 25.000 toneladas anuales si hay medidas alternativas, la<sup>3</sup> sustitución de los Planes Nacionales de Asignación de derechos por un régimen común de subasta, y la<sup>4</sup> limitación de los créditos generados por los mecanismos de desarrollo limpio al periodo actual cubierto por el régimen para reforzar el acceso a dicho mecanismo cuando se firme un acuerdo internacional.

El interés que este mecanismo tiene en la fiscalidad deriva de las consecuencias que su adquisición, variaciones de valor, transmisión y cancelación provocan en el impuesto sobre sociedades y en el IVA. El artículo 2 a) de la Ley 1/2005 define el derecho de emisión como “el derecho subjetivo a

emitir, desde una instalación incluida en el ámbito de aplicación de esta Ley, una tonelada equivalente de dióxido de carbono, durante un período determinado". Su configuración jurídica, como derechos de propiedad cuantificables económicamente y susceptibles de intercambiarse en el mercado, conlleva la necesidad de analizar desde el punto de vista fiscal su valoración y su comercialización. Además, la práctica inexistencia de disposiciones tributarias en este ámbito internacional dejan el tratamiento fiscal de este comercio a lo que disponga la legislación nacional —aunque hay una Resolución del Comité IVA y una propuesta de Directiva a las que luego nos referiremos—, y alguna doctrina ha criticado la ausencia de una disposición armonizadora fiscal en la UE, dada la relevancia para los costes de las transacciones, teniendo en cuenta la anterior experiencia americana, donde la diferencia de gravámenes estatales sobre los derechos de emisión generó discriminaciones y falta de neutralidad en su comercio<sup>2</sup>.

Entre las cuestiones a analizar figura, en primer lugar, la calificación jurídica de los derechos de emisión, pues su configuración como inmovilizado material, como activos intangibles o como inmovilizado financiero, o incluso como activo corriente, incidirá en su contabilización. Y la distinta calificación afectará, por tanto, su tributación al fundarse la base imponible del impuesto sobre sociedades en el resultado contable. En el IVA su caracterización como entrega de bienes o prestaciones de servicios determinará también una tributación distinta.

En el impuesto sobre sociedades hay que analizar el tratamiento fiscal de la depreciación, bien sea a través de las pérdidas por deterioro o imputando directamente el gasto contable a resultados, según la calificación que proceda. También habrá que dotar las provisiones que reflejen el déficit de derechos frente a las emisiones realizadas, el futuro gasto medioambiental y la eventual responsabilidad si no se dispone, a fin de ejercicio, de los derechos suficientes en razón de los gases emitidos. También los beneficios fiscales que afectan a los derechos de emisión deben ser objeto de análisis, buscando su optimización fiscal, al plantearse la posibilidad de aplicar reducciones fiscales por inversiones medioambientales, al tiempo que se generen derechos que podrán ser objeto de entrega a la administración o, si se cumple el objetivo de emisiones, de venta a terceros con el consiguiente beneficio. Incluso, se plantea la posibilidad de aprovechar la deducción por reinversión a consecuencia de la venta de dichos derechos.

---

<sup>2</sup> D. Carbajo Vasco, Algunas notas sobre la tributación del comercio de derechos de emisión, *Noticias de la Unión Europea* 258, 2006 (ejemplar dedicado a: Gases de efecto invernadero), p. 97.

En el IVA habrá que analizar su aplicación en la asignación gratuita y en el régimen de subastas, y la reciente modificación del sujeto pasivo operada por la Ley 11/2009, de 29 de octubre, con objeto de luchar contra el fraude en estas operaciones.

Para el estudio de estas cuestiones hay que acudir, en el impuesto sobre sociedades<sup>3</sup>, al RD Legislativo 4/2004; en el IVA, a la Ley 37/1992.

## Naturaleza jurídica y calificación

El artículo 20 de la Ley 1/2005, bajo el título “naturaleza jurídica”, precisa que “el derecho de emisión se configura como el derecho subjetivo a emitir una tonelada equivalente de dióxido de carbono desde una instalación incluida en el ámbito de aplicación de esta Ley”. Puede nacer del Plan Nacional de Asignación de España u otro Estado Miembro de la UE, de una reducción certificada de emisión o una unidad de reducción de emisiones procedentes de los mecanismos de desarrollo limpio o de aplicación conjunta, o de un tercer país con compromiso de reducción o limitación de emisiones que sea parte del Protocolo de Kioto a la Convención Marco de Naciones Unidas de Cambio Climático, siempre que exista previo reconocimiento en un instrumento internacional. El derecho de emisión tiene carácter transmisible y será válido únicamente para el periodo de vigencia de cada Plan Nacional de asignación.

En torno a su naturaleza jurídica, hay que distinguir la autorización inicial de la negociación de los derechos. Por un lado, la asignación inicial no es una verdadera licencia administrativa (no hay una actividad administrativa previa y se puede emitir sin tener los derechos si se adquieren luego hasta la fecha de entrega, el 30 de abril) ni una concesión demanial (la atmósfera no es un bien demanial, no hay un uso exclusivo del bien objeto de concesión y puede transmitirse sin previa autorización), siendo en realidad una simple habilitación para emitir determinados gases, como ha explicado la doctrina<sup>4</sup>. Por otro lado, la comercialización de las cuotas

3 Un interesante análisis crítico de este impuesto se encuentra en Rodríguez Ondarza (dir.), Gutiérrez Lousa y Galán Ruiz (coords.), *El impuesto sobre sociedades y su reforma para 2007*, Pamplona, Thomson-Civitas, 2006.

4 Contra la tesis de que es una licencia o autorización se puede argüir que una cosa es la autorización de emisión —auténtica autorización— y otra la cuota —que no lo es. Además, la autorización requiere la previa comprobación de adecuación de la actividad al interés general, mientras que las cuotas se asignan sin verificar la conformidad del proyecto de emisiones a la ley. Y tampoco es obligatoria su tenencia antes de emitir, bastando con tener las cuotas suficientes cuando

recae sobre bienes incorporeales de propiedad privada, libremente transmisibles pero con limitaciones temporales y de utilización<sup>5</sup>.

En cuanto a la calificación jurídica de las operaciones realizadas con los derechos de emisión, dependerá del régimen legal aplicable en cada Estado miembro, pues la Directiva no determina la naturaleza de los mismos<sup>6</sup>. Así, en España las cuotas tienen un contenido patrimonial calificado como derechos subjetivos, en Francia son bienes muebles incorporeales, y en Estados Unidos son *allowances* o autorizaciones<sup>7</sup>.

En el impuesto sobre sociedades la calificación variará en función de la finalidad que se persiga con la comercialización de los derechos, del mismo modo que un inmueble puede conceptuarse como inmovilizado tangible, mercadería o activo financiero, según se trafique con el mismo de forma esporádica, habitual o sea objeto de titulación. Por tanto, hay que determinar en primer término su posible uso, bien para cumplir la entrega

haya que entregar los derechos; ni se prevé actuación administrativa alguna sobre la cuota (poder de anulación o revocación). Tampoco cuadra con su naturaleza "autorizatoria" que puedan transmitirse a sujetos no autorizados para emitir GEI. En suma, la calificación de las cuotas como autorizaciones puede servir para explicar su origen público, pero no explica satisfactoriamente el libre intercambio de estos derechos. Cfr. AA. VV. (I. Sanz Rubiales, dir.), *El mercado de derechos a contaminar (Régimen jurídico-público del mercado comunitario de derechos de emisión en España)*, Lex Nova, Valladolid, 2007, pp. 195 y 196.

En cuanto a su calificación como concesiones demaniales, hay que decir que la atmósfera no es un bien demanial, un bien de dominio público que pueda conceder otorgando un derecho real, sino un bien colectivo. Además, la compraventa de cuotas permite que los derechos asignados en España (y afectados a la atmósfera "española") se consuman en otro Estado miembro, con lo que la atmósfera afectada no sería la española. Tampoco hay un uso exclusivo en el aprovechamiento del bien, como ocurre en las concesiones, que impiden a los demás el ejercicio del derecho de usar la cosa, mientras que aquí podrán usarla todos los que no perjudiquen gravemente el medio ambiente atmosférico. En realidad la "titularidad originaria" de la AGE sobre las cuotas no responde a la que se ejerce sobre un bien susceptible de concesión, sino que se trata de asegurar las competencias del Estado en la asignación de cuotas a la empresas instaladas en España; no se reserva la titularidad del bien —que nunca ha tenido—, sino los poderes de policía. Finalmente, la transmisión de una concesión demanial debe estar previamente autorizada, la transmisión de derechos de emisión no precisa autorización. *Ibid.*, pp. 198 a 200. Según estos autores, desde la perspectiva del asignatario es una "simple habilitación para emitir determinados gases" (p. 200).

Además, la expedición, titularidad, transferencia, transmisión, entrega y cancelación de los derechos de emisión deberá ser objeto de inscripción en el Registro Nacional de Derechos de Emisión.

Cfr. FIELD (Foundation for International Environmental Law and Development), "International Workshop on The Legal Nature of Emissions Reductions", 25-26 mayo, 2004, London, p. 16.

Cfr. AA. VV. (I. Sanz Rubiales, dir.), *El mercado de derechos a contaminar (Régimen jurídico-público del mercado comunitario de derechos de emisión en España)*, ob. cit., p. 235.

de derechos impuesta por la Directiva 2003/87/CE, bien para realizar con ellos el tráfico habitual de la empresa —como posibilidad teórica, pues en la práctica no se aplica, salvo en los certificados de Reducción de Emisiones o unidades de Reducción de Emisiones, generados por la propia empresa—, bien para comercializarlos y obtener una rentabilidad con fines meramente especulativos<sup>8</sup>.

Para las empresas de los sectores incluidos en la Ley 1/2005, partiendo de que se trata de derechos de propiedad sobre bienes inmateriales (la emisión de gases a la atmósfera), de carácter temporal por cada periodo de asignación, y susceptibles de intercambio económico, lo más correcto es calificarlos como activos intangibles. Específicamente, la Resolución del ICAC de 8 de febrero de 2006 —que fija el tratamiento contable bajo el anterior Plan General de Contabilidad (en adelante, PGC), pero puede aplicarse al nuevo, según dispone la DT 5ª del nuevo PGC aprobado por RD 1514/2007, siempre que no lo contravenga— lo califica como inmovilizado inmaterial dentro de la cuenta 216: “Derechos de emisión de gases de efecto invernadero”<sup>9</sup>. Dado que el cuadro de cuentas no es obligatorio, podría utilizarse una cuenta con la misma denominación en el nuevo Plan dentro del subgrupo 20.

En cuanto al exceso de derechos sobre los gases emitidos podría incluirse en la categoría de “Activo no corriente mantenido para la venta”, en cuanto que se trata de un elemento de activo que va a estar destinado a la venta<sup>10</sup>, lo cual supondría cuantificarlos por el menor de los dos importes siguientes: su valor contable y su valor razonable menos los costes de venta. Ello requeriría un plan de venta preestablecido con la previsión de

---

8 Esta diferenciación es apuntada por I. Bilbao Estrada, y A. I. Mateos Ansótegui, El impuesto sobre sociedades y los derechos de emisión de gases de efecto invernadero, *Revista de Contabilidad y Tributación*, 78, 2006, p. 110. También la propone J. B. Gallego López, La tributación del comercio de los derechos de emisión en el ámbito de la imposición directa, *Nueva Fiscalidad*, 4, 2008, pp. 83 y ss. Anteriormente se había pronunciado sobre su calificación como activo intangible o mercadería K. Csikós, *International Tax Implications of Tradable Allowances*, *European Taxation*, Vol. 47, 3, 2007, cuando afirma que “if a company holds the allowance for compliance purposes, it should be treated as an intangible asset. Where the company holds the allowance for trading purposes, it should be classified as inventory” (p. 143).

9 La Resolución es de aplicación únicamente a las empresas emisoras según se desprende de su tenor literal: “por lo que se refiere al registro de los derechos de emisión, obtenidos a través de un Plan nacional de asignación, la presente Resolución se decanta por su reflejo en balance como inmovilizados inmateriales...”.

10 Véase *La tributación del comercio de los derechos de emisión (Régimen jurídico-público del mercado comunitario de derechos de emisión en España*, ob. cit., p. 80.

hacerlo en el plazo de un año y a un precio adecuado en relación con su valor razonable actual<sup>11</sup>. Sin embargo, consideramos mejor mantener su calificación como activos intangibles pues no se perjudica la imagen fiel y redundante en una mayor seguridad jurídica. Además, la norma de valoración 7ª obliga a contabilizarlo en el momento de su clasificación por el menor de los dos valores apuntados (el valor en libros y el valor razonable menos los gastos de venta), lo que impediría su revalorización, y en un mercado tan volátil como este no reflejaría la imagen fiel<sup>12</sup>.

En las empresas que trafiquen habitualmente con ellos se trataría de “activos poseídos para ser vendidos en el curso normal de la explotación”, definición que coincide con la contenida en el grupo 3 del Plan General de Contabilidad relativa a las existencias, y al tratarse de bienes adquiridos por la empresa y sometidos a venta sin transformación, desde un punto de vista teórico podrían conceptuarse como mercaderías.

En el tercer supuesto, empresas que los comercialicen con un fin especulativo, considerando que la regulación de estos derechos y su contenido homogéneo permiten su asignación individualizada —convirtiendo un bien común o libre en propiedad privada— y su integración en un certificado o título para facilitar su transacción en mercados organizados y su internacionalización, podrían conceptuarse como activos financieros<sup>13</sup>. De hecho,

1 Según el PGC, la empresa clasificará un activo no corriente como mantenido para la venta si su valor contable se recuperará fundamentalmente a través de su venta, en lugar de por su uso continuado, y siempre que se cumplan los siguientes requisitos:

a) El activo ha de estar disponible en sus condiciones actuales para su venta inmediata, sujeto a los términos usuales y habituales para su venta; y

Su venta ha de ser altamente probable, porque concurren las siguientes circunstancias:

b1) La empresa debe encontrarse comprometida por un plan para vender el activo y haber iniciado un programa para encontrar comprador y completar el plan.

b2) La venta del activo debe negociarse activamente a un precio adecuado en relación con su valor razonable actual.

b3) Se espera completar la venta dentro del año siguiente a la fecha de clasificación del activo como mantenido para la venta, salvo que, por hechos o circunstancias fuera del control de la empresa, el plazo de venta se tenga que alargar y exista evidencia suficiente de que la empresa siga comprometida con el plan de disposición del activo.

b4) Las acciones para completar el plan indiquen que es improbable que haya cambios significativos en el mismo o que vaya a ser retirado.

12 Véase J. I. Gorospe Oviedo, “El régimen tributario de los derechos de emisión en el Impuesto sobre Sociedades y en el IRPF”, en AA. VV., *La fiscalidad de los derechos de emisión: estado de situación y perspectivas de futuro*, IEF, 2009, pendiente de publicación.

13 La Directiva prevé, artículo 12. 1, que “los Estados miembros velarán por que los derechos de emisión puedan transferirse entre a) personas en la Comunidad; y b) personas en la Comunidad

aunque también pueden adquirirse fuera del mercado, existen diversos mercados organizados en los que se comercializan tales derechos, como el European Climate Exchange (ECX)<sup>14</sup> en Londres, el Blue Next en París, y el mercado financiero organizado de los países nórdicos (Noruega, Suecia, Finlandia y Dinamarca), el Nord Pool<sup>15</sup>. En todos ellos encontramos mercados spot para contratos físicos y también opciones y futuros.

Concretamente, se trata de un instrumento financiero derivado cuyo valor se origina en el comportamiento de un activo subyacente: el derecho de emisión<sup>16</sup>. Contablemente se refleja en el apartado 5.4 de la norma de registro y valoración 9ª del PCG, relativa a los “contratos que se mantengan con el propósito de recibir o entregar un activo no financiero”, siendo un caso particular de instrumento financiero. Según este apartado

se reconocerán y valorarán según lo dispuesto en esta norma para los instrumentos financieros derivados, aquellos contratos que se puedan liquidar por diferencias, en efectivo o en otro instrumento financiero, o bien mediante el intercambio de instrumentos financieros o, aun cuando se liquiden mediante la entrega de un activo no financiero, la empresa tenga la práctica de venderlo en un periodo de tiempo corto e inferior al periodo normal del sector en que opere la empresa con la intención de obtener una ganancia por su intermediación

---

y personas en terceros países donde tales derechos de emisión sean reconocidos de conformidad con el procedimiento contemplado en el artículo 25, sin más restricciones que las consideradas en la presente Directiva o las adoptadas de conformidad con esta. El artículo 25 menciona la posibilidad de celebrar acuerdos con terceros países mencionados en el anexo B del Protocolo de Kioto, que hayan ratificado dicho Protocolo, a efectos de establecer el reconocimiento mutuo de los derechos de emisión entre el régimen comunitario y otros regímenes de comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero.

- 14 El principal mercado de emisiones de la UE es el ICE Futures Europe de Londres. El mercado de futuros ECX de Londres es la principal Bolsa donde se negocian las transacciones del plan.EU Emissions Trading Scheme (EU ETS).
- 15 El Nord Pool es un mercado en el que agentes con diferentes capacidades de generación y necesidades de consumo venden y compran energía eléctrica. Gran parte de estas transacciones se hacen con contratos bilaterales comunes; sin embargo, existe un mercado de contratos financieros en crecimiento que incluye derivados financieros como futuros y opciones para llevar a cabo estas transacciones de electricidad. Cfr. García Rendón y Palacios Builes, *La integración del mercado eléctrico de los países nórdicos —Nord Pool— lecciones para otros mercados*, Universidad EAFIT, Medellín, Colombia, p. 28.
- 16 Los derivados son instrumentos financieros cuyo valor se origina en el comportamiento de un activo subyacente, transmitiendo riesgos como la evolución del precio de materias primas, tipos de interés, tipos de cambio, cotizaciones de acciones, o incluso magnitudes como la inflación o la pluviosidad de una determinada zona geográfica. Sobre esta materia, desde el punto de vista mercantil, puede verse I. Ramos Villar, *La concertación de derivados over the counter sobre derechos de emisión europeos*, *Revista de Derecho del Mercado de Valores*, 1, 2007, p. 337.

aunque también pueden adquirirse fuera del mercado, existen diversos mercados organizados en los que se comercializan tales derechos, como el European Climate Exchange (ECX)<sup>14</sup> en Londres, el Blue Next en París, y el mercado financiero organizado de los países nórdicos (Noruega, Suecia, Finlandia y Dinamarca), el Nord Pool<sup>15</sup>. En todos ellos encontramos mercados spot para contratos físicos y también opciones y futuros.

Concretamente, se trata de un instrumento financiero derivado cuyo valor se origina en el comportamiento de un activo subyacente: el derecho de emisión<sup>16</sup>. Contablemente se refleja en el apartado 5.4 de la norma de registro y valoración 9ª del PCG, relativa a los “contratos que se mantengan con el propósito de recibir o entregar un activo no financiero”, siendo un caso particular de instrumento financiero. Según este apartado

se reconocerán y valorarán según lo dispuesto en esta norma para los instrumentos financieros derivados, aquellos contratos que se puedan liquidar por diferencias, en efectivo o en otro instrumento financiero, o bien mediante el intercambio de instrumentos financieros o, aun cuando se liquiden mediante la entrega de un activo no financiero, la empresa tenga la práctica de venderlo en un periodo de tiempo corto e inferior al periodo normal del sector en que opere la empresa con la intención de obtener una ganancia por su intermediación

---

y personas en terceros países donde tales derechos de emisión sean reconocidos de conformidad con el procedimiento contemplado en el artículo 25, sin más restricciones que las consideradas en la presente Directiva o las adoptadas de conformidad con esta. El artículo 25 menciona la posibilidad de celebrar acuerdos con terceros países mencionados en el anexo B del Protocolo de Kioto, que hayan ratificado dicho Protocolo, a efectos de establecer el reconocimiento mutuo de los derechos de emisión entre el régimen comunitario y otros regímenes de comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero.

- 14 El principal mercado de emisiones de la UE es el ICE Futures Europe de Londres. El mercado de futuros ECX de Londres es la principal Bolsa donde se negocian las transacciones del plan EU Emissions Trading Scheme (EU ETS).
- 15 El Nord Pool es un mercado en el que agentes con diferentes capacidades de generación y necesidades de consumo venden y compran energía eléctrica. Gran parte de estas transacciones se hacen con contratos bilaterales comunes; sin embargo, existe un mercado de contratos financieros en crecimiento que incluye derivados financieros como futuros y opciones para llevar a cabo estas transacciones de electricidad. Cfr. García Rendón y Palacios Builes, *La integración del mercado eléctrico de los países nórdicos —Nord Pool— lecciones para otros mercados*, Universidad EAFIT, Medellín, Colombia, p. 28.
- 16 Los derivados son instrumentos financieros cuyo valor se origina en el comportamiento de un activo subyacente, transmitiendo riesgos como la evolución del precio de materias primas, tipos de interés, tipos de cambio, cotizaciones de acciones, o incluso magnitudes como la inflación o la pluviosidad de una determinada zona geográfica. Sobre esta materia, desde el punto de vista mercantil, puede verse I. Ramos Villar, La concertación de derivados *over the counter* sobre derechos de emisión europeos, *Revista de Derecho del Mercado de Valores*, 1, 2007, p. 337.

o por las fluctuaciones de su precio, o el activo no financiero sea fácilmente convertible en efectivo.

Al ser un derivado financiero a corto plazo, se incluirá como “derivados financieros a corto plazo” (559) en los “activos financieros mantenidos para negociar”, y el aumento o pérdida de valor se llevará directamente a pérdidas y ganancias. Aunque no es lo habitual, si la intención fuese mantenerlo durante más de un año se encuadraría en los “activos por derivados financieros a largo plazo” (255)<sup>17</sup>.

En el IVA, el problema fue resuelto en 2006 por la Dirección General de Tributos, concluyendo que el servicio consistente en la entrega o transmisión de los derechos de emisión se configura 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<sup>18</sup>. No obstante, al igual que en el impuesto sobre sociedades, en la comercialización de estos derechos debe distinguirse si la entrega es para cumplir con el régimen de la Ley 1/2005, si constituye el tráfico habitual de la empresa, o si es un derivado financiero, pues las reglas de la Ley 37/1992 son diferentes en cada caso, como veremos.

### **3. Tributación en el impuesto sobre sociedades**

#### **3.1. La asignación: valoración fiscal e imputación temporal**

Analizaremos en este epígrafe la valoración fiscal de los derechos de emisión y la imputación temporal generada por su asignación.

En el impuesto sobre sociedades, la valoración parte del resultado contable, sobre el que se aplicarán los ajustes extracontables previstos en el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, en adelante TRLIS.

<sup>17</sup> De acuerdo con lo dispuesto en las normas de elaboración de las cuentas anuales, en el activo no corriente no se pueden incluir los activos financieros a largo plazo que se tengan que clasificar en el momento de su reconocimiento inicial en la categoría de “Activos financieros mantenidos para negociar” por cumplir los requisitos establecidos en las normas de registro y valoración, salvo los derivados financieros cuyo plazo de liquidación sea superior a un año. Lo mismo se dispone en la cuarta parte del PGC relativa al cuadro de cuentas, en el grupo 2, activo no corriente.

<sup>18</sup> Consulta vinculante V1335-06, de 5 de julio de 2006, de la Subdirección General de Impuestos sobre el Consumo, reiterada por Consulta vinculante V2587-06, de 27 de diciembre de 2006.

Los ajustes obedecen a diferencias de criterio contable y fiscal en cuatro aspectos: calificación de ingresos y gastos; valoración de activos, pasivos y determinados instrumentos de patrimonio propios de la entidad; imputación temporal de ingresos y gastos; y compensación de bases imponibles negativas de ejercicios anteriores.

En la asignación deberán integrarse como derechos recibidos gratuitamente (art. 15.2.a TRLIS) por su valor de mercado. Esto es lo que dispuso la Resolución del ICAC de 8 de febrero de 2006, al adoptar el valor venal, entendiendo por valor venal el de mercado<sup>19</sup>, por lo que coincide el criterio contable con el fiscal en su valoración. Pero hay dos interrogantes en la fijación del valor de mercado: ¿en qué fecha se computa y qué mercado elegir? La fecha debería ser la de asignación, y el mercado en el que normalmente opere la empresa<sup>20</sup>. También podría tomarse una referencia media de los mercados más importantes como la recogida en <http://www.pointcarbon.com>

Por un lado habrá que contabilizar e imputar fiscalmente al final de cada ejercicio el ingreso derivado de la adquisición gratuita por asignación. Por otro, si se transmiten los derechos antes de la fecha de entrega, también se reflejará el apunte contable y fiscal.

La asignación gratuita se contabiliza como subvención, por lo que el ingreso se llevará a resultados —con imputación fiscal— a medida que la empresa contamine o cuando transmita los derechos si la subvención no se ha imputado ya a resultados (por ejemplo, si se venden antes de 31 de diciembre o hay exceso de derechos), al tiempo que se reflejará el gasto por los derechos que a fin de año se calcule que deban entregarse a la administración por las emisiones realizadas.

Una vez los derechos de emisión asignados son transferidos por el Registro Nacional desde la cuenta de haberes de la Administración General del Estado a la del titular de la instalación, en consonancia con lo dispuesto en

---

19 BOICAC 64. Si bien el valor venal, en el apartado 4 de la norma de valoración 2ª del PGC, es definido como “el precio que se presume estaría dispuesto a pagar un adquirente eventual teniendo en cuenta el estado y lugar en que se encuentra dicho bien”; cabe recalcar que, en el caso de los derechos de emisión, según el punto 2 de la norma segunda de la Resolución del ICAC de 8 de febrero, “su valor venal será, con carácter general, el valor de mercado” al comienzo del año natural.

20 Bilbao Estrada y Mateos Ansótegui proponen adoptar el precio más bajo siguiendo el principio de prudencia valorativa, por el riesgo de que los mercados se homogeneicen a la baja. Cfr. El impuesto sobre sociedades y los derechos de emisión y los derechos de emisión de gases de efecto invernadero, ob. cit., p. 110.

los artículos 26.2 y 19.5 de la Ley 1/2005, señala la Resolución del ICAC que se contabilizarán como “Inmovilizado inmaterial” —intangible— y su correspondiente contrapartida “Ingresos a distribuir en varios ejercicios” solo los derechos efectivamente transferidos a la cuenta de haberes de la empresa, esto es, la parte proporcional de los derechos asignados para cada uno de los años de vigencia del PNA<sup>21</sup>. Por tanto, contablemente se dará de baja cada año la parte de subvención equivalente a los derechos emitidos y se abonará a la cuenta de ingresos Subvenciones, donaciones y legados de capital (746). Y para descontar el impuesto de la subvención, se abonará la cuenta Pasivos por diferencias temporarias imponibles (479).

Lógicamente, cuando opere el régimen de subasta se computarán por su valor de adquisición.

### **3.2. La transmisión de los derechos de emisión**

La empresa puede mantener los derechos o venderlos, todos o parte de ellos, desde su asignación el 28 de febrero (o adquisición o generación) hasta el 30 de abril del año siguiente, obteniendo un beneficio o pérdida contable. Lo normal para las empresas emisoras será vender los que no necesiten. A mediados de 2008, con la situación de crisis sobre todo en el sector de la construcción (cementeras, fábricas de cerámica, vidrio, ladrillo y tejas, baldosas y azulejos), y aprovechando el alto precio de los derechos de emisión, muchas empresas planificaron la venta de derechos. Algunas dejaron de producir y vendieron todos; otras, previendo una reducción, vendieron los que consideraron sobrantes para ese año —por ejemplo la mitad—, y otras planificaron la reducción de emisiones de todo el quinquenio y vendieron todos los derechos que previsiblemente no iban a usar hasta 2012.

En la transmisión de derechos de emisión se producirá un beneficio o pérdida por la diferencia entre el valor de enajenación y el valor neto con-

---

<sup>21</sup> De esta forma, se eliminó la posibilidad de que una empresa que haya gastado en un año la totalidad de los derechos asignados para ese año, pudiera transferirse los asignados para años posteriores. En cambio, sí queda abierta la posibilidad de usarlos, ya que la empresa recibirá los asignados a cada año antes del 28 de febrero, pero no tiene que devolver los correspondientes a las emisiones del año anterior hasta el 30 de abril del año siguiente. Por tanto, durante los meses de marzo y abril, y dependiendo de la evolución prevista de sus emisiones y el precio de mercado de los derechos, la empresa puede decidir usar los nuevos asignados para cubrir su devolución o comprarlos en el mercado. Cfr. I. Bilbao Estrada y A. I. Mateos Ansótegui, *El Impuesto sobre Sociedades y los derechos de emisión de gases de efecto invernadero*, ob. cit., p. 113.

table. Fiscalmente, se computará en la misma cuantía por lo que no hay que hacer ajustes.

Además se producirá un ingreso contable y fiscal por la parte de subvención de los derechos transmitidos no imputados, que dependerá de la forma en que se obtuvieron:

- Derechos asignados: será ingreso la totalidad del valor de enajenación al haberse adquirido gratuitamente.
- Derechos adquiridos o generados: dependerá del valor de enajenación, el valor de coste o adquisición y las pérdidas por deterioro, que minorarán dicho valor.

En los supuestos de adquisición a terceros, la valoración se hará por el precio de adquisición; tratándose de generación propia, por el coste de producción. No debe ser difícil calcular el precio de adquisición: el importe en efectivo y otras partidas equivalentes pagadas o pendientes de pago más, en su caso y cuando proceda, el valor razonable de las demás contraprestaciones comprometidas derivadas de la adquisición, debiendo estar todas ellas directamente relacionadas con esta y ser necesarias para la puesta del activo en condiciones operativas. Más complicado resulta hallar el coste de producción, pues incluye el precio de adquisición de las materias primas y otras materias consumibles, el de los factores de producción directamente imputables al activo, y la fracción que razonablemente corresponda de los costes de producción indirectamente relacionados con el activo, en la medida en que se refieran al periodo de producción, construcción o fabricación, se basen en el nivel de utilización de la capacidad normal de trabajo de los medios de producción y sean necesarios para la puesta del activo en condiciones operativas.

Las entidades que comercializan habitualmente estos derechos los calificarán como mercaderías, según se vio, contabilizándolos por su coste de adquisición, en los términos referidos en el párrafo anterior.

Las entidades que de forma esporádica trafiquen con los mismos con un fin especulativo los incluirán en su balance como derivados financieros. Como se trata de contratos no designados para cubrir un riesgo específicamente identificado, se integrarán en la categoría de "Activos financie-

ros mantenidos para negociar”, computándose por su valor razonable<sup>22</sup>, y el aumento o pérdida de valor se llevará directamente a pérdidas y ganancias, siguiendo la NRV 9ª, apartados 2.3 y 3.2. De igual forma, los ajustes derivados de la primera aplicación del plan en la cuenta “Activos financieros mantenidos para negociar” se registrarán en una cuenta de reservas cuyo importe se anotará en la cuenta de pérdidas y ganancias, afectando la determinación de la base imponible. En cambio, los ajustes que no se imputen a la cuenta de resultados no tendrán incidencia en la base imponible, como manifestó la Consulta V2205-05, de 31 de octubre, presentada con ocasión de la entrada en vigor de la Circular 4/2004 del Banco de España<sup>23</sup>.

Cada ejercicio, los “activos financieros mantenidos para negociar”, como se valoran por el valor razonable de la contraprestación entregada, no podrán aplicar las pérdidas por deterioro puesto que el valor de mercado deberá reflejarlo en todo momento. Y en el ámbito fiscal, como las variaciones se imputan a pérdidas y ganancias se integrarán automáticamente en la base imponible del impuesto, por establecerlo así el artículo 15.1 TRLIS: “...las variaciones de valor originadas por aplicación del criterio de valor razonable no tendrán efectos fiscales mientras no deban imputarse a la cuenta de pérdidas y ganancias”. Ello es lógico pues hasta ese momento no hay un resultado susceptible de distribución entre los accionistas, un beneficio realizado contablemente<sup>24</sup>, conforme al concepto de renta disponible. Esto significa que cuando los resultados positivos o negativos se reflejen en el ECPN, no se tendrán en cuenta a efectos fiscales, pero sí cuando se imputen a pérdidas y ganancias.

### ***3.3. Gastos deducibles: pérdidas por deterioro, provisión por derechos de emisión, provisión para actuaciones medioambientales y provisión para responsabilidades***

A lo largo de cada año pueden reflejarse contablemente gastos por cuatro motivos en relación a los derechos de emisión:

<sup>22</sup> Importe por el que puede ser adquirido un activo o liquidado un pasivo, entre partes interesadas y debidamente informadas, que realicen una transacción en condiciones de independencia mutua.

<sup>23</sup> Cfr. AA. VV., *El impuesto sobre sociedades tras la reforma contable*, Valencia, CISS, 2007, p. 23.

<sup>24</sup> Cfr. AA. VV., *El impuesto sobre sociedades y los derechos de emisión de gases de efecto invernadero*, ob. cit., p. 91.

- pérdida de valor en el mercado, si a cierre de ejercicio su valor es inferior al de adquisición;
- provisión para atender a la devolución de los derechos;
- provisión para gastos medioambientales que impliquen una menor contaminación;
- provisión para responsabilidades por desacuerdo en la certificación de derechos, por imposición de sanciones o por gastos derivados de litigios con la administración.

Algunas provisiones están reguladas expresamente en la LIS y en otras habremos de remitirnos a la contabilidad, salvo que la ley disponga su no deducibilidad. En las primeras, el importe deducible es aquel que resulta de aplicar los criterios establecidos en la propia LIS. En las segundas, al no regular nada la LIS, el importe fiscalmente deducible será el que se haya contabilizado en base a criterios razonables que permitan estimar la cuantía del riesgo.

Para la deducibilidad del gasto en el impuesto sobre sociedades han de concurrir los siguientes requisitos:

- Contabilización en la cuenta de resultados (salvo excepciones).
- Justificación documental.
- Imputación al período de devengo y correlación de ingresos y gastos, conforme al artículo 19.1 TRLIS.
- No incurrir en los supuestos del 14.1 TRLIS, entre los que figura como gasto no deducible el derivado de multas y sanciones penales y administrativas.

El primer gasto a analizar son las pérdidas por deterioro. La disminución de valor de mercado de los derechos de emisión sobrantes de las empresas emisoras frente al computado en su asignación o adquisición permite computar una pérdida por depreciación de inmovilizado. Los que deban entregarse al año siguiente se incluirán en la provisión por derechos de emisión, por lo que no procede su dotación a nuestro juicio<sup>25</sup>. La Ley

---

25 Señalan Bilbao Estrada y Mateos Ansótegui que “parece razonable pensar que... afectará a los derechos sobrantes de las empresas emisoras, es decir, aquellos que al final del año superan las emisiones de gases realizadas, y por lo tanto, como no van a ser devueltos a la administración, deben lucir en el Balance para el próximo año por su valor ajustado al mercado”. Cfr. El Impuesto sobre Sociedades y los derechos de emisión de gases de efecto invernadero, ob. cit., p. 110.

16/2007 denomina “pérdidas por deterioro” las anteriores provisiones de activo. Conforme al artículo 12 TRLIS, la pérdida de valor de los elementos de activo, si no se regula en el TRLIS, será deducible conforme a los criterios contables. En consecuencia, se admiten las pérdidas por deterioro de derechos de emisión, pues no se dice lo contrario en el TRLIS.

Si se recupera el valor, o en caso de devolución o transmisión, deberá eliminarse de acuerdo con el artículo 19.6 TRLIS, constituyendo un ingreso contable y fiscal.

Para las personas o entidades que se dediquen habitualmente a comercializar estos derechos, la dotación también sería deducible fiscalmente.

En cambio, las personas o entidades que los comercialicen con carácter accesorio tienen un régimen distinto. Las entidades contabilizarán estos derechos como derivados financieros en la categoría de “Activos financieros mantenidos para negociar”, computándose por su valor razonable el último día del ejercicio. El aumento o pérdida de valor se llevará directamente a pérdidas y ganancias, por lo que no procede dotar las pérdidas por deterioro, aunque el efecto es el mismo, pues al final habrá una pérdida contable con reflejo en la base imponible.

Un segundo gasto deriva de la provisión por derechos de emisión de GEI. A diferencia del gasto anterior, esta provisión afectará únicamente a los derechos que deban entregarse, por lo que en ningún caso podrá dotarse por el exceso de derechos que la empresa mantenga en el inmovilizado sobre las emisiones certificadas. En efecto, dicha provisión debe dotarse porque la emisión de gases obliga a entregar derechos de emisión (hasta el 30-4) y provocará un gasto contable que todavía no se ha producido (a fecha de cierre), pero se sabe con certeza que se producirá, aunque se desconoce la cuantía. Ello plantea la duda de su deducibilidad fiscal<sup>26</sup>.

El PGC de 2007 ya no otorga primacía al principio de prudencia, estableciendo unos requisitos más estrictos para dotar provisiones, y no admite el gasto por pasivos contingentes —riesgos previsibles, pérdidas eventuales y gastos o deudas probables—. Además de la no deducibilidad fiscal

---

26. Un trabajo pionero y muy completo sobre esta materia, aunque previo a la reforma del PGC y del TRLIS, puede verse en I. Bilbao Estrada y A. I. Mateos Ansótegui, La provisión por derechos de emisión de gases de efecto invernadero: ¿instrumento de planificación fiscal en el impuesto sobre sociedades?, *Tribuna Fiscal*, 194, 2006, pp. 16 a 31.

de estos gastos, al no poder reflejarse contablemente, el TRLIS señala, en el artículo 13.1.a), que no constituyen gasto fiscal “los derivados de obligaciones implícitas o tácitas”, que son las motivadas por patrones de comportamiento o políticas empresariales de dominio público que creen una expectativa válida a terceros con los que la empresa deba cumplir su compromiso. Por tanto, sí son deducibles los que deriven de obligaciones legales o contractuales, y este es el caso de la entrega de derechos, de obligado cumplimiento por la Ley 1/2005.

El importe resulta de multiplicar el número de derechos a devolver según las emisiones por su valor, pudiendo darse dos situaciones:

- Si hay suficientes derechos, la provisión se dotará por su valor contable. Los asignados por su valor de mercado, los adquiridos por el precio de adquisición, y los generados según el coste de producción.
- Si no los hay, y no se ha procedido a su compra o generación, por el coste estimado que supondrá adquirirlos o generarlos, según la mejor estimación posible del importe necesario para cubrir el déficit que tiene la empresa. La pregunta es ¿por qué cuántía? Depende del valor que se tome como referencia: la cotización máxima del ejercicio, la del día de cierre, la cotización media<sup>27</sup>. La experiencia determinará su importe a dotar cada ejercicio como reflejo de la imagen fiel y en atención al principio de prudencia, pues aunque este ya no sea prioritario, como dispone el PGC de 2007, el registro de los riesgos deberá seguir realizándose desde la imparcialidad y objetividad exigida por el Plan de 1990 para

---

27 Bilbao Estrada y Mateos Ansótegui, con anterioridad a la reforma del PGC así como del TRLIS, se planteaban diversas opciones: primera, dotar la provisión por el máximo de la cotización alcanzada en el ejercicio precedente, sobre la base del principio de prudencia valorativa pues se trata de una previsión por el mayor gasto en el podríamos incurrir; segunda, provisionar por el menor precio de cotización alcanzado en el año, previendo aprovechar las ventajas del mercado en condiciones óptimas; tercera, dotar por el importe de generación que podrá ser bastante elevado, si bien se aprovecharía la aplicación de otros incentivos fiscales —deducciones, principalmente—; y cuarto, en una postura intermedia y con menor riesgo de contestación administrativa, se podría optar por un valor dentro del rango de valores de cotización, como puede ser, incluso, la media de cotización de bolsa de referencia, o por la cotización al cierre, es decir, el valor de los derechos el mismo día en que debe contabilizarse la provisión. Cfr. La provisión por derechos de emisión de gases de efecto invernadero y los derechos de emisión de gases de efecto invernadero, ob. cit., p. 26. Apuntaban estos autores la posibilidad de la empresa, dentro de una estrategia planificación fiscal, de desprenderse de todos sus derechos antes del 31 de diciembre con objeto de aprovechar el gasto resultante de dicha estimación, aunque ello implique un riesgo evidente por la volatilidad del mercado de derechos de emisión.

- el análisis de las obligaciones, de tal suerte que, con carácter general, no se han debido registrar en el pasado provisiones que no respondían a verdaderos riesgos de la empresa.

En tercer lugar, está la provisión para actuaciones medioambientales.

El artículo 13.2 TRLIS considera como provisión fiscalmente deducible la dotada por gastos correspondientes a **actuaciones medioambientales** “cuando se correspondan a un plan formulado por el sujeto pasivo y aceptado por la administración tributaria”. Se contabiliza en la cuenta 145 como “Provisión para actuaciones medioambientales”, con cargo las cuentas de gasto “Reparaciones y conservación” o “Servicios de profesionales independientes”.

Representan obligaciones legales, contractuales o implícitas de la empresa o compromisos adquiridos por cuantía indeterminada, para prevenir o reparar daños sobre el medio ambiente, que no se correspondan con gastos de desmantelamiento, retiro o rehabilitación del lugar en el que se asienta un inmovilizado.

Esta provisión tiene por objeto cubrir, entre otros, los gastos de descontaminación y restauración de lugares contaminados, eliminación de residuos acumulados y cierre o eliminación de activos inmovilizados.

A diferencia del régimen general, el gasto asociado a estas provisiones es fiscalmente deducible, aun cuando se corresponda con obligaciones **tácitas** asumidas por la empresa si se corresponde con un plan formulado por el sujeto pasivo y aceptado por la administración tributaria. Obligación **tácita** sería la que nace de las propias actuaciones de la empresa si esta se ha comprometido a evitar, reducir o reparar el daño ambiental y no puede sustraerse a tal acción porque, como consecuencia de declaraciones de principios o intenciones publicadas o por sus pautas de actuación en el pasado, ha señalado a terceros que asumirá la responsabilidad de evitar, reducir o reparar el daño<sup>28</sup>.

Por último, encontramos la provisión para responsabilidades, incluida en la cuenta 142: “Provisión para otras responsabilidades”. Responden a **obligaciones** ciertas devengadas en el ejercicio, pero **indeterminadas** en su

---

28 Cfr. Francis Lefebvre, Memento práctico contable 2009, parág. 4180.

cuantía y vencimiento, como las procedentes de litigios en curso, indemnizaciones u obligaciones derivadas de avales y otras garantías similares a cargo de la empresa.

Se puede dotar en dos supuestos:

- Discrepancias en el número de derechos como consecuencia de la no validación del informe verificado remitido o la no remisión en plazo, dando lugar a un litigio.
- El incumplimiento de la obligación de entregar los derechos debidos, lo que constituye una infracción al artículo 30, Ley 1/2005, que prevé la imposición de una sanción y la entrega al año siguiente.

En el primer supuesto, dado que la entrega deriva de una obligación legal y la discrepancia en el número de derechos motivará un litigio o una obligación pendiente, se trata de un gasto fiscalmente deducible, pues hay una responsabilidad cierta, aunque la cuantía sea indeterminada en la fecha de devengo del impuesto. De acuerdo con la doctrina del TEAC, es necesario que se acredite la existencia de responsabilidades próximas, ciertas y exigibles; esta exigibilidad puede venir por ejemplo de litigio o requerimiento fehaciente, por incumplimiento de contratos o por pagos debidamente justificados, aunque su cuantía no estuviese definitivamente establecida. Consideramos que sería deducible tanto en caso de litigio como de arbitraje para llegar a un acuerdo con la administración.

En el segundo, aunque en principio sería deducible por el mismo motivo, el artículo 14.1 c) TRLIS tipifica como gasto no deducible el derivado de multas y sanciones penales y administrativas, por lo que no se admite su deducibilidad al derivar de una sanción. Ello provocará un ajuste positivo sobre el resultado contable.

Finalmente, para el caso de que una provisión para riesgos y gastos probables, y por tanto no deducible, genere un gasto real, el artículo 13.3 dispone que “los gastos que, de conformidad con los dos apartados anteriores, no hubieran resultado fiscalmente deducibles, se integrarán en la base imponible del período impositivo en el que se aplique la provisión a su finalidad”. En ese momento habrá que practicar un ajuste negativo sobre el resultado contable, pues contablemente no habrá gasto, pero sí fiscalmente.

### **3.4. Gastos no deducibles: sanciones administrativas**

El incumplimiento del régimen administrativo de los derechos de emisión puede dar lugar a infracciones administrativas leves, graves o muy graves. Concretamente, el incumplimiento de la obligación de entregar los derechos de emisión se tipifica como muy grave y se sanciona con una multa de 100 euros por cada tonelada emitida en exceso, sin que exima al titular de entregar una cantidad de derechos de emisión equivalente a la de las emisiones en exceso, en el momento de entregar los derechos de emisión correspondientes al año natural siguiente al de comisión de la infracción (art. 30 a), apartado 5, Ley 1/2005)<sup>29</sup>.

Contablemente dicho gasto es deducible, pero fiscalmente el artículo 14.1 c) TRLIS impide computar como gasto el derivado de multas y sanciones penales y administrativas; por tanto, habrá que hacer un ajuste positivo sobre el resultado contable.

### **3.5. Entrega y cancelación de los derechos de emisión**

El artículo 27.2 de la Ley 1/2005 obliga a entregar un número de derechos de emisión equivalente al dato de emisiones verificadas cada ejercicio, hasta el 30 de abril del año siguiente.

El resultado contable y fiscal será neutro si se cubrieron todas las emisiones al final del año anterior. En otro caso, el ingreso o gasto se determinará en función del valor de mercado de los nuevos derechos comprados para hacer frente al compromiso de emisiones. Si el valor de mercado de los nuevos derechos está por encima del estimado al dotar la citada provisión, resultará un gasto por la diferencia al haber dotado una provisión más baja del gasto real. Por el contrario, si dicho valor es inferior al estimado, generará un ingreso por el exceso de provisión.

<sup>29</sup> En octubre de 2008 la comisión de Medio Ambiente del Parlamento Europeo aprobó un informe según el cual los países de la UE deberían pagar multas por violar los objetivos de reducción de las emisiones de CO<sub>2</sub> originadas en fuentes no cubiertas por el régimen de comercio de derechos de emisión. También incluye una nueva propuesta: que las emisiones de 2050 representen, como máximo, de 60 a 80% de las de 1990. Pendiente de su aprobación por la Eurocámara y el Consejo por codecisión, se aplicarían multas de 100 euros por tonelada de CO<sub>2</sub> a los países de la UE que no cumplan sus metas. A los Estados que no abonen su importe se les reducirían sus emisiones excesivas de los créditos del régimen de comercio de derechos de emisión, por lo que en vez de ser el país infractor quien subastase sus créditos sería la Comisión Europea, creando un fondo comunitario para promover la eficiencia energética y las fuentes de energía renovables.

### **3.6. Beneficios fiscales que se pueden aprovechar generando o transmitiendo derechos**

Existen dos deducciones aplicables en este ámbito: una por reinversión de beneficios extraordinarios y otra por inversiones medioambientales. Su importe no puede anular la cuota del impuesto, salvo que procedan de la reinversión de beneficios extraordinarios.

#### **a) Deducción por reinversión de beneficios extraordinarios**

Pretende adecuar el coste fiscal neto de las plusvalías en el impuesto sobre sociedades —30% con carácter general— con el del IRPF —hasta 2009 el 18%—, y se plantea si es aplicable a las entidades que transmitan derechos de emisión.

Los requisitos de aplicación son:

- Las entidades a las que se aplica deben tener un tipo nominal superior o igual al 20%.
- Solo opera en las transmisiones onerosas.
- Los elementos patrimoniales transmitidos o reinvertidos deben ser: inmovilizado material, intangible o inversiones inmobiliarias afectos a la explotación económica, o bien acciones que supongan una participación superior al 5%.
- Los activos transmitidos deben estar en funcionamiento un año dentro de los tres años antes de la transmisión.
- Cuantía de la reinversión: importe de la transmisión, aunque cabe reinversión parcial.
- Plazo: un año antes o tres después.

La base de la deducción es la plusvalía fiscal menos la provisión por depreciación

El tipo de la deducción es 12%. No se ha modificado pese al alza del tipo de las ganancias patrimoniales de las personas físicas para el año 2010: de 18 a 19% hasta 6.000 euros, y 21% a partir de 6.000,01 euros, para mantener la competitividad de las empresas, aunque perjudica a los empresarios individuales.

Se exige el mantenimiento de la reinversión durante cinco años, salvo pérdida o vida útil menor.

¿Es de aplicación a los derechos de emisión esta reducción por su transmisión onerosa con reinversión en los elementos previstos en el TRLIS?

Para las empresas emisoras sí, por tratarse de bienes mueble de propiedad privada y titularidad temporal que conceden un derecho de uso sobre la atmósfera, calificado como inmovilizado intangible afecto a la actividad. Será preciso que la transmisión de los derechos se produzca entre la finalización del período de emisiones y el plazo de entrega a la administración, para cumplir con el requisito de un año de posesión.

Para las no emisoras, su calificación como mercaderías o derivados financieros impide la aplicación de dicho beneficio fiscal.

#### b) Deducciones por inversiones medioambientales

Una primera deducción es la relativa a la adquisición de inmovilizado material que evite o reduzca la contaminación (art. 39.1 TRLIS). Se aplica a instalaciones cuyo objeto sea evitar la contaminación atmosférica procedente de las instalaciones industriales, evitar la carga contaminante por vertidos en aguas superficiales, subterráneas y marinas, o reducir, recuperar o tratar correctamente los residuos industriales. Es necesario un certificado de convalidación expedido por la administración competente, a solicitud del sujeto pasivo.

Debe tratarse de elementos del inmovilizado material de la empresa adquirido con la finalidad de proteger el medio ambiente, de modo que solo puede disfrutar de deducción la parte de la inversión que el sujeto pasivo justifique que se destina a la protección del medio ambiente.

La segunda deducción opera en la adquisición de inmovilizado material nuevo destinado al aprovechamiento de fuentes de energía renovables (art. 39.3 TRLIS). Las instalaciones o equipos deben responder bien al aprovechamiento de la energía solar para transformarla en calor o electricidad, bien al tratamiento de residuos para su transformación en calor o electricidad como combustible, en biogás o en biocarburantes.

En los dos supuestos, la base de la deducción es el importe de la inversión realizada (precio de adquisición o coste de producción). La parte del coste subvencionada no formará parte de la base de deducción.

Los porcentajes de deducción dependen de la fecha de comienzo del periodo impositivo: 2008 el 6%, 2009 el 4% , 2010 el 2% . Se prevé su derogación para los periodos impositivos que se inicien el uno de enero de 2011.

A nuestro juicio, estas deducciones son compatibles con la deducción por reinversión, cumpliéndose los requisitos ya vistos, y con la generación de derechos de emisión a través de los mecanismos de desarrollo limpio y proyectos de aplicación conjunta.

## **Tributación en el impuesto sobre el valor añadido**

### ***4.1. La asignación: gratuita y mediante subasta***

#### **a) Asignación gratuita**

Como se ha dicho, la asignación es totalmente gratuita en la actualidad, salvo la cantidad reservada para nuevos entrantes, pues según el artículo 18.3, Ley 1/2005, los derechos incluidos en la reserva de nuevos entrantes que no se hayan asignado antes del 30 de junio del último año del periodo correspondiente al Plan Nacional de asignación en vigor —en 2012— podrán ser enajenados conforme a lo dispuesto en la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas. Pero la Directiva 2009/29/CE prevé la asignación gradual mediante subasta a partir de 2013<sup>30</sup> hasta 2027, en que deberá ser total.

Es preciso, por tanto, analizar la tributación en los dos casos, partiendo de la base de que se trata de una prestación de servicios que, en principio, está sujeta al IVA.

Comenzando por la entrega gratuita de los derechos por la administración de acuerdo al PNA, el artículo 7.8 LIVA establece la no sujeción de “las entregas de bienes y las prestaciones de servicios realizadas directamente por los entes públicos sin contraprestación o mediante contraprestación de naturaleza tributaria”, salvo que “los referidos entes actúen por medio de empresa pública, privada, mixta o, en general, de empresas mercantiles”. Y concluye que, en todo caso, están sujetas determinadas actividades desarrolladas por los entes públicos, entre las que no se encuentra la asigna-

---

30 Salvo las eléctricas que será el 100% por la posibilidad de repercusión.

ción de derechos de emisión<sup>31</sup>. Ello permitiría concluir la no sujeción, en este caso por la forma de contraprestación.

Sin embargo, el artículo 13.1 de la Directiva 2006/112/CE del Consejo, de 28 de noviembre de 2006, relativa al sistema común del impuesto sobre el valor añadido, establece como fundamento de la no sujeción el carácter de autoridad y subsiguiente régimen jurídico público con que actúa el organismo público, al disponer que:

1. Los Estados, las regiones, las provincias, los municipios y los demás organismos de Derecho público no tendrán la condición de sujetos pasivos en cuanto a las actividades u operaciones en las que actúen como autoridades públicas, ni siquiera en el caso de que con motivo de tales actividades u operaciones perciban derechos, rentas, cotizaciones o retribuciones.

No obstante, cuando efectúen tales actividades u operaciones deberán ser considerados sujetos pasivos en cuanto a dichas actividades u operaciones, en la medida en que el hecho de no considerarlos sujetos pasivos lleve a distorsiones significativas de la competencia.

En cualquier caso, los organismos de Derecho público tendrán la condición de sujetos pasivos en relación con las actividades que figuran en el Anexo I, excepto cuando el volumen de éstas sea insignificante.

**31** Dichas actividades son:

Telecomunicaciones.

Distribución de agua, gas, calor, frío, energía eléctrica y demás modalidades de energía.

Transportes de personas y bienes.

Servicios portuarios y aeroportuarios y explotación de infraestructuras ferroviarias incluyendo, a estos efectos, las concesiones y autorizaciones exceptuadas de la no sujeción del Impuesto por el número 9 siguiente.

Obtención, fabricación o transformación de productos para su transmisión posterior.

Intervención sobre productos agropecuarios dirigida a la regulación del mercado de estos productos.

Explotación de ferias y de exposiciones de carácter comercial.

Almacenaje y depósito.

Las de oficinas comerciales de publicidad.

Explotación de cantinas y comedores de empresas, economatos, cooperativas y establecimientos similares.

Las de agencias de viajes.

Las comerciales o mercantiles de los entes públicos de radio y televisión, incluidas las relativas a la cesión del uso de sus instalaciones.

Las de matadero.

Dado el efecto directo de las Directivas, y como se desprende de la interpretación que del artículo 4.5 de la Directiva 77/388/CEE —antece-dente del citado artículo 13.1— ha hecho el TJCE<sup>32</sup>, lo fundamental es el carácter público con que intervenga la administración, no la naturaleza de la contraprestación o su gratuidad.

Lo propio ha señalado la Dirección General de Tributos, considerando que no están sujetas al IVA las operaciones realizadas por un ente público al margen del ejercicio de actividades empresariales o profesionales (debería decir actuando en régimen de derecho público), aunque la contraprestación de dichas operaciones no tenga naturaleza tributaria<sup>33</sup>. Además, como observa Aníbarro Pérez, cuando la LIVA habla de contraprestación de naturaleza tributaria está pensando en las tasas, y dado el trasvase de su presupuesto de hecho con los precios públicos, en una aplicación rigurosa de este criterio habría que cambiar el régimen jurídico según la definición de la ley de tasa o precio público<sup>34</sup>.

En consecuencia la no sujeción dependerá de cuatro requisitos:

- El ejercicio de la actividad por un organismo público.
- El desarrollo de su actividad en el ejercicio de sus funciones públicas.
- Que no se produzcan distorsiones significativas de la competencia (para asegurar la neutralidad el impuesto).
- No inclusión en el anexo I, salvo que la actividad tenga un volumen insignificante.

En la asignación gratuita de los derechos de emisión, se cumplen claramente los dos primeros: la aprobación por el Gobierno del PNA (art. 14.3) y la asignación individualizada de derechos que compete al Consejo de Ministros, previa petición individualizada al Ministerio de Medio Ambiente (art. 19.4), constituyen una prerrogativa de la administración que limita a los operadores privados el la posibilidad de realizar emisiones a la at-

---

32 Entre otras, sentencia de 25 de julio de 1991, Ayuntamiento de Sevilla contra Recaudadores de Tributos de las Zonas primera y segunda, asunto C-202/90; de 14 de diciembre de 2000, Fazenda Publica, asunto C-446/98; y de 8 de marzo de 2001, Comisión contra República Portuguesa, asunto C-276/98.

33 Contestaciones de la DGT a consultas de 6 de noviembre de 2000 y 13 de febrero de 2003.

34 S. Aníbarro Pérez, "Incidencia del impuesto sobre el valor añadido en el mercado de derechos de emisión de gases de efecto invernadero", *Nueva Fiscalidad*, 10, 2005, p. 5.

mósfera, en el ejercicio de sus funciones públicas. También el último, en cuanto que la actividad referida no se incluye entre las del anexo I.

Referente a que no se produzcan distorsiones significativas, podría haberlas en la asignación, ya que como hemos visto existe un mercado de derechos de emisión al margen de la asignación inicial.

Además, la jurisprudencia reciente del TJCE hace una interpretación extensiva del concepto y considera que la distorsión de la competencia debe apreciarse en función de las características de la actividad desarrollada, que puede producirse ante una mera competencia potencial —siempre que haya una posibilidad real de que un operador privado entre en el mercado de referencia—, y que debe ser grave, en el sentido de algo más que significativo. Nos referimos a la STJCE de 16 de septiembre de 2008 (Asunto C-288/07, *Isle of Wight Council y otros*), que defendió que una actividad de aparcamiento desarrollada por diversos municipios británicos supondría, en caso de no sujeción, una distorsión de la competencia, aunque en algún municipio no existiese empresa alguna que explotara aparcamientos subterráneos. Como advierte el Tribunal, la norma que examinamos, consistente en considerar a los entes públicos como sujetos pasivos, lo que hace es “restaurar la regla general de sujeción a IVA de toda actividad económica”. Y añade que de una interpretación de los párrafos segundo y tercero del artículo 13.1 de la Directiva 112, que sujetan a imposición las distorsiones significativas, pero no un volumen insignificante, se colige que la distorsión debe ser algo más que insignificante; por tanto, no se considerará sujeto pasivo a los organismos públicos cuando ello únicamente lleve a distorsiones de la competencia insignificantes.

No obstante, como observa Rodríguez Márquez<sup>35</sup>, pese a la ampliación del concepto de distorsión, no parece aplicable a la asignación de derechos de emisión, pues esta constituye un mercado “primario”, sujeto a monopolio estatal, limitado, regulado y actualmente gratuito en su práctica real, distinto del mercado “secundario”, abierto a los particulares en el que la transmisión de aquellos sí puede constituir una actividad empresarial sujeta al impuesto<sup>36</sup>. Entiendo que la diferencia básica está en el hecho de que en el mercado primario la asignación está preestablecida en

---

<sup>35</sup> Rodríguez Márquez, Los derechos de emisión de CO<sub>2</sub> y el impuesto sobre el valor añadido, en I. VV., *La fiscalidad de los derechos de emisión: estado de situación y perspectivas de futuro*, 2009, pendiente de publicación.

función del cupo asignado a cada empresa, lo que impide la distorsión de la competencia.

La Dirección General de Tributos, en contestaciones vinculantes de 14-02-2006 —V0276-06— y 27-12-2006 —V2587-06—, señala igualmente que el tratamiento a efectos del impuesto de la asignación inicial y gratuita de derechos de emisión que tiene lugar en España como consecuencia del denominado Plan Nacional de Asignación con vigencia 2005-2007, difiere del correspondiente al mercado secundario, en torno al que se organiza la compraventa de tales derechos. En la asignación gratuita se trata de una prestación de servicios realizada por un ente de derecho público, en el ejercicio de una función pública, esto es, en su calidad de sujeto de Derecho público, por lo que no está sujeta.

#### b) Asignación mediante subasta

Junto a la transmisión de los remanentes de las reservas de nuevos entrantes en cada periodo de asignación, a partir de 2013 se iniciará el régimen de subasta (art. 10 Directiva 2009/29/CE).

Las empresas deben adquirir los derechos mediante precio; en consecuencia, puede plantearse la distorsión que supondría no aplicar IVA a los Estados y sí a los vendedores privados. No obstante, nos movemos todavía en el mercado primario, de asignación de los derechos en el ejercicio de una función pública, diferente la posterior transmisión de esos derechos en el mercado secundario.

Siguiendo a Rodríguez Márquez, se puede apreciar una similitud con la STJCE de 26 de junio de 2007 (asunto C-369/04, Hutchison 3G UK Ltd y otros). La cuestión que se planteaba consistía en determinar la sujeción a IVA de la actividad consistente en la expedición de autorizaciones que permiten a los operadores económicos proceder a la explotación de los derechos de uso que se derivan de aquellas, ofreciendo sus servicios al público en el mercado de las telecomunicaciones móviles a cambio de una contraprestación. Además, a semejanza de lo que sucede a los permisos de emisión, la concesión de estas autorizaciones no es gratuita, sino que los operadores se ven obligados a satisfacer un canon, y existe la posibilidad de que los operadores transmitan sus derechos de uso de radiofrecuencias.

El Tribunal considera que “una actividad como la controvertida en el litigio principal constituye un requisito previo y necesario para el acceso

de operadores económicos como las demandantes en el litigio principal al mercado de las telecomunicaciones móviles. Esta actividad no constituye una participación de la autoridad nacional competente en dicho mercado"; por consiguiente, no puede calificarse como económica, sino que "con ese procedimiento de otorgamiento, dicha autoridad ejerce exclusivamente una actividad de control y de reglamentación del uso del espectro electromagnético que se le ha conferido de modo expreso". Y como no hay actividad económica ni siquiera se plantea su sujeción al impuesto, ya que no se cumple el requisito fundamental para ello. Añade que el pago de un canon no altera la naturaleza de la actividad, que no es económica sino realizada en el ejercicio de funciones públicas.

Además, el Tribunal distingue el que podríamos denominar mercado primario del secundario, cuando advierte que la posibilidad de transmitir estos derechos no desmiente la conclusión anterior, ya que "esa transmisión, además de seguir sujeta al control de la autoridad reglamentaria nacional responsable de la asignación de frecuencias, con arreglo al artículo 9, apartado 4, de la Directiva 2002/21, no se asemeja a la expedición de una autorización por parte de los poderes públicos".

Por tanto, la asignación inicial de derechos de emisión no está sujeta aunque sea mediante precio, si bien al no realizarse en el ejercicio de una actividad empresarial podría estar sujeta al ITP y AJD<sup>37</sup>, como transmisión onerosa de un derecho por el Estado, sujeta a un tipo del 4%.

#### **4.2. La transmisión de los derechos de emisión**

Nos movemos ya en el mercado secundario, en el que pueden operar tanto empresas del sector como otros sujetos que los compren para revenderlos. Aquí ha de hacerse la misma distinción que vimos en el impuesto sobre sociedades: empresas titulares de las instalaciones definidas en la Ley 1/2005, aquellas para las que constituya el tráfico habitual de la empresa, y las que los comercialicen de forma esporádica con fines meramente especulativos como derivados financieros.

Para las primeras se trata de la transmisión de un activo afecto a su actividad, realizada por un sujeto pasivo del IVA en el desarrollo de su actividad; por tanto, está sujeta, gravándose al tipo general del 16% (que

<sup>37</sup> En tal sentido se pronuncia J. Rodríguez Márquez, *ibíd.*

el 1 de julio de 2010 será el 18%, según el Proyecto de Ley de PGE para 2010). Esta es la opinión unánime del Comité IVA en la reunión 75 de 14 de octubre de 2004, donde señaló que “la transmisión de derechos de emisión de gases de efecto invernadero descrita en el artículo 12 de la Directiva 2003/87/CE realizada por sujetos pasivos del impuesto constituye una prestación de servicios incluida en el ámbito de aplicación del artículo 9.2.e) de la Directiva 77/388/CEE”, que regula el lugar de realización de las prestaciones de servicios y establece la inversión del sujeto pasivo en la transmisión de licencias<sup>38</sup>.

Según las consultas de la DGT de 14-02-2006 y 27-12-2006, el servicio consistente en la entrega o transmisión de los derechos de emisión se configura como la transmisión de una licencia administrativa y constituye una prestación de servicios que estará sujeta al impuesto en los términos que veremos al analizar la cuestión del sujeto pasivo.

Las que los comercialicen de forma habitual también estarán sujetas al tratarse de una actividad económica a efectos del IVA. Constituyen prestaciones de servicios realizadas en el ámbito espacial del impuesto por empresarios o profesionales a título oneroso, con carácter habitual u ocasional, en el desarrollo de su actividad empresarial (art. 4.1 LIVA), y son empresarios porque realizan una o varias entregas de bienes o prestaciones de servicios que suponen la explotación de un bien corporal o incorporeal con el fin de obtener ingresos continuados en el tiempo (art. 5.1 LIVA).

En cuanto a la comercialización de derivados financieros, cabe plantearse si es aplicable la exención del artículo 20.Uno.18º.k) LIVA, para

los servicios y operaciones, exceptuados el depósito y la gestión, relativos a acciones, participaciones en sociedades, obligaciones y demás valores no mencionados en las letras anteriores de este número, con excepción de los siguientes: los representativos de mercaderías, y aquellos cuya posesión asegure de hecho o de derecho la propiedad, el uso o el disfrute exclusivo de la totalidad o parte de un bien inmueble, salvo las acciones o las participaciones en sociedades.

---

38 Transcribimos textualmente su conclusión: “The delegations agreed unanimously that the transfer of greenhouse gas emission allowances as described in art. 12 of Directive 2003/87/EC of the European Parliament and of the Council of 13 October 2003, when made for consideration by a taxable person is a taxable supply of services falling within the scope of Art. 9(2)(e) of Directive 77/388/EEC.

El artículo 135.1.f) de la Directiva 112 establece la exención para “las operaciones, incluida la negociación, pero exceptuados el depósito y la gestión, relativas a acciones, participaciones en sociedades o asociaciones, obligaciones y demás títulos-valores, con excepción de los títulos representativos de mercaderías y los derechos o títulos enunciados en el apartado 2 del artículo 15”.

A diferencia de los dos supuestos anteriores<sup>39</sup>, al tratarse de títulos-valores vinculados a la cotización de los derechos de emisión en los mercados organizados sí se aplicaría la exención al tráfico de instrumentos financieros cuyo valor derive de un activo subyacente como es un derecho de emisión.

### **4.3. Entrega y cancelación de los derechos de emisión**

La entrega forzosa que se realiza el 30 de abril siguiente a cada ejercicio, de acuerdo con el PNA, tiene carácter gratuito; por consiguiente, hay que determinar si se trata de un supuesto de autoconsumo gravado por el impuesto.

El artículo 12.3 LIVA califica como autoconsumo de servicios “las demás prestaciones de servicios efectuadas a título gratuito por el sujeto pasivo no mencionadas en los números anteriores de este artículo, siempre que se realicen para fines ajenos a los de la actividad empresarial o profesional”<sup>40</sup>. En este caso, dado que la entrega se realiza para cumplir con el objeto de la actividad, no se considera autoconsumo de servicios y, por tanto, no se grava.

---

<sup>39</sup> El Comité IVA, en la reunión 75 de 14 de octubre de 2004, señaló que “ninguna de las exenciones previstas en el artículo 13 de la Directiva 77/388/CEE es aplicable a estas transferencias de derechos” (none of the exemptions provided for in Art. 13 of Directive 77/388/EEC can be applied to these transfers of allowances).

Según el artículo 12 LIVA, “se considerarán operaciones asimiladas a las prestaciones de servicios a título oneroso los autoconsumos de servicios.

A efectos de este impuesto serán autoconsumos de servicios las siguientes operaciones realizadas sin contraprestación:

- Las transferencias de bienes y derechos, no comprendidas en el artículo 9.1 de esta Ley, del patrimonio empresarial o profesional al patrimonio personal del sujeto pasivo.
- La aplicación total o parcial al uso particular del sujeto pasivo o, en general, a fines ajenos a su actividad empresarial o profesional de los bienes integrantes de su patrimonio empresarial o profesional”.

Además, el artículo 7.7º LIVA considera no sujeto el autoconsumo de servicios previsto en el artículo 12.3 LIVA cuando el sujeto pasivo se limite a prestar el mismo servicio recibido de terceros y no se le hubiera atribuido el derecho a deducir total o parcialmente el impuesto sobre el valor añadido, efectivamente soportado en la recepción de dicho servicio. Y en el caso de asignación gratuita no habrá derecho a la deducción porque no se soportó IVA, aunque a nuestro juicio bastaría la aplicación del artículo 12.3 para descartar en ambos casos —adquisición gratuita o mediante precio— la aplicación del impuesto.

#### **4.4. Lugar de realización de la transmisión de derechos de emisión**

Según las consultas de la DGT de 14-02-2006 y 27-12-2006, la entrega de derechos de emisión se configura 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, por lo que la entrega de los referidos derechos por un empresario o profesional constituirá una prestación de servicios que estará sujeta al impuesto cuando concorra lo dispuesto por las letras a) o b) del artículo 70.uno.5º.A, es decir:

a) Cuando el destinatario sea un empresario o profesional que actúe como tal y radique en el citado territorio la sede de su actividad económica, o tenga en el mismo un establecimiento permanente o, en su defecto, el lugar de su domicilio, siempre que se trate de servicios que tengan por destinatarios a dicha sede, establecimiento permanente o domicilio. Lo dispuesto en esta letra se aplicará con independencia de dónde se encuentre establecido el prestador de los servicios y del lugar desde el que los preste.

b) Cuando los servicios se presten por un empresario o profesional y la sede de su actividad económica o establecimiento permanente desde el que se presten los servicios se encuentre en el territorio de aplicación del Impuesto, siempre que el destinatario del mismo no tenga la condición de empresario o profesional actuando como tal y se encuentre establecido o tenga su residencia habitual o domicilio en la Comunidad, Canarias, Ceuta o Melilla, así como cuando no resulte posible determinar su domicilio.

Ello implica que si el destinatario es un empresario con sede en el territorio de aplicación de impuesto (en adelante TAI), se localiza el IVA en destino<sup>41</sup>, mientras que si es un particular con domicilio en la Comunidad,

---

41 Con ello se concede el gravamen al país del consumo, siendo el hecho imponible efectivo la adquisición del servicio, lo cual es lógico si el prestador del servicio es una persona no establecida

Canarias, Ceuta o Melilla, o no es posible determinar su domicilio, se aplica la regla general de localización en la sede del prestador del servicio. En el primer supuesto, tratándose de una operación internacional se producirá la inversión del sujeto pasivo; dicho sujeto es el encargado de liquidar el impuesto incorporando el IVA en su declaración.

Para 2010 está pendiente la transposición de la Directiva 2008/8/CE, de 12 de febrero de 2008, por la que se modifica la Directiva 112<sup>42</sup>, que pretende clarificar la regla general de localización de las prestaciones de servicios estableciendo una doble vertiente (actualmente la regla general es la sede del prestador del servicio, con numerosas excepciones). En el nuevo sistema, se distinguen las operaciones puramente empresariales, en las que prestador y destinatario tienen tal condición, de aquellas otras cuyo destinatario es un particular. En el primer grupo, el gravamen se localiza en la jurisdicción de destino —destinatario sujeto pasivo radicado en el TAI, con independencia de dónde radique el prestador del servicio—, mientras que en el segundo lo hace en la de origen —destinatario particular si el prestador es un sujeto pasivo radicado en el TAI.

Esta regla general se aplica también a los servicios que podemos denominar “profesionales”, entre los que se encuentran las cesiones de licencias y, por tanto, la transmisión de derechos de emisión, cuando esta se realiza en el ámbito de la Unión Europea (incluidas también, de forma excepcional, Canarias, Ceuta y Melilla): tributación en destino cuando el cliente es sujeto pasivo del IVA y tributación en origen cuando no es sujeto pasivo. En cambio, si la transmisión se hace a un tercer país, se aplica la regla general de tributación en destino si el cliente es sujeto pasivo, pero no la de tributación en origen cuando el cliente sea un particular; por consiguiente, el servicio no se entiende realizado en el TAI cuando el adquirente del derecho de emisión sea un particular con domicilio en un país tercero.

En consecuencia, la regulación sigue siendo igual. Normalmente la tributación será en destino porque el adquirente de los derechos de emisión suele ser un empresario, operando la inversión del sujeto pasivo cuando el remitente sea una persona o entidad no establecida en el TAI; en cambio,

en el territorio español de aplicación del IVA, ni identificada ante la administración tributaria española.

Proyecto de ley por la que se trasponen determinadas directivas en el ámbito de la imposición indirecta y se modifica la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes para adaptarla a la normativa comunitaria.

si el cliente es un particular con residencia en la UE, Canarias, Ceuta o Melilla, tributará en la sede del trasmittente del derecho de emisión.

#### **4.5. El sujeto pasivo en la transmisión de derechos de emisión**

La regla general es considerar sujeto pasivo al prestador del servicio (art. 84.Uno.1 LIVA). Pero como hemos visto, cuando el servicio se realice por personas o entidades no establecidas en el territorio de aplicación del impuesto, se produce la inversión del sujeto pasivo, de modo que lo serán los empresarios o profesionales para quienes se realicen las operaciones sujetas a gravamen (art. 84.Uno.2.a) LIVA).

Además, se han producido las operaciones fraudulentas en el comercio de los derechos de emisión, que han dado lugar a la modificación de las normas aplicables al sujeto pasivo en algunos países. Este fraude se ha detectado tanto en operaciones interiores como intracomunitarias, cuando el sujeto pasivo repercute el impuesto, desaparece y no lo ingresa. La forma más común de evasión consiste en que un proveedor censado a efectos de IVA factura unas entregas y desaparece sin declarar ese IVA, pero dejando al cliente (que también es un sujeto pasivo) en posesión de una factura válida para deducción. De esta forma, la Hacienda no percibe el IVA por la entrega, pero debe permitir que el siguiente operador de la cadena deduzca el IVA soportado. En algunos casos, este fenómeno se ha convertido en lo que se conoce como fraude intracomunitario del operador desaparecido, que representa un ataque organizado al sistema del IVA, consistente en la adquisición de derechos desde países extranjeros en los que, por el principio de la neutralidad del impuesto en las operaciones transfronterizas, se exime del pago del IVA. Luego, las sociedades compradoras los venden repercutiendo el impuesto y disuelven la empresa sin liquidar su ingreso con el fisco. Estos fraudes suelen organizarse en una serie de entregas en las que unos mismos bienes circulan varias veces de unos Estados miembros a otros (lo que se conoce como fraude carrusel); por tanto, Hacienda puede perder por partida múltiple la cuota impositiva sobre un mismo producto. Según la información facilitada por varios Estados miembro, este tipo de fraude está extendiéndose también a las prestaciones de servicios.

Al respecto, la Comisión Europea ha sido informada de unos supuestos casos de fraude en relación con el comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero<sup>43</sup>, y las diferencias observadas en las respues-

---

43 Otros productos objeto de fraude son los teléfonos móviles, dispositivos de circuitos integrados, perfumes y metales preciosos (p. ej., platino).

tas individuales de los Estados miembro han impulsado a la Comisión a elaborar una Propuesta de Directiva como respuesta coordinada a estas conductas. Así, Francia ha declarado exentas estas transmisiones, el Reino Unido ha fijado un tipo cero y Holanda ha previsto una inversión del sujeto pasivo, aun tratándose de operaciones interiores. Con el fin de permitir la aplicación temporal del mecanismo de inversión del sujeto pasivo, como medida coordinada para combatir el fraude de que son objeto actualmente el comercio de certificados de emisión y las transacciones con determinados bienes vulnerables al fraude, se aprobó la Propuesta de 29 de septiembre de 2009, por la que se modifica la Directiva 2006/112/CE en lo que respecta a la aplicación optativa y temporal del mecanismo de inversión del sujeto pasivo a determinadas entregas de bienes y prestaciones de servicios susceptibles de fraude.

España ha seguido el ejemplo de Holanda, anticipándose a la aprobación de la directiva, disponiendo la inversión generalizada del sujeto pasivo<sup>44</sup>. Así, la Ley 11/2009, por la que se regulan las Sociedades Anónimas Cotizadas del Mercado Inmobiliario, ha introducido una nueva letra d) al artículo 84.Uno.2, considerando sujeto pasivo al empresario destinatario,

cuando se trate de prestaciones de servicios que tengan por objeto derechos de emisión, reducciones certificadas de emisiones y unidades de reducción de emisiones de gases de efecto invernadero a que se refieren la Ley 1/2005, de 9 de marzo, por la que se regula el régimen del comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero y el Real Decreto 1031/2007, de 20 de julio, por el que se desarrolla el marco de participación en los mecanismos de flexibilidad del Protocolo de Kioto.

En consecuencia, siempre que el destinatario sea un empresario —lo que sucederá en la práctica totalidad de los casos—, este será el sujeto pasivo de la operación, aunque el prestador del servicio también se encuentre establecido en nuestro país. La modificación entró en vigor al día siguiente de la publicación de la ley, el 28 de octubre de 2009. El mecanismo de inversión del sujeto pasivo supone que el proveedor no cobre IVA alguno a sus clientes sujetos pasivos, los cuales pasan a ser responsables del pago del impuesto. En la práctica, los clientes (en la medida en que sean sujetos pasivos normales con derecho a deducción íntegra) realizarán

---

<sup>44</sup> Según la Propuesta, desde el punto de vista procedimental, conviene que los Estados miembro informen primero a la Comisión acerca de su intención de introducir ese mecanismo. Habrá que ver qué consecuencias tiene para España su adopción con carácter previo a la aprobación de la Directiva, pues la Comisión europea podría considerarla contraria a la Directiva 112.

la declaración y la deducción al mismo tiempo, sin efectuar ningún ingreso efectivo a Hacienda. En este sentido, se elimina la posibilidad teórica de cometer fraude, al evitar la posibilidad de que el sujeto pasivo repercuta el tributo y no lo ingrese.

## Conclusiones

La tributación de los derechos de emisión plantea diversos interrogantes, tanto en el impuesto sobre sociedades como en el IVA. No obstante, debido al carácter armonizado del IVA contamos con algunos pronunciamientos del Comité IVA y de la Dirección General de Tributos que aportan algo de luz. Además, recientemente se ha aprobado en España una reforma de la Ley 37/1992, del IVA, para luchar contra el fraude en la transmisión de estos derechos.

Atendiendo a la actividad desarrollada por la sociedad, los derechos de emisión de gases de efecto invernadero pueden calificarse básicamente como activos intangibles —en las empresas emisoras— o como instrumentos financieros derivados —si se poseen con el único fin de especular—. En todos los casos, la tributación será 30% 100.

En el impuesto sobre sociedades, la asignación gratuita se trata fiscalmente como una subvención de capital, valorándose por el valor venal e imputándose a resultados según las emisiones. Los intangibles se cuantificarán por el precio de adquisición o coste de producción, y los instrumentos financieros por su valor razonable.

La transmisión generará una ganancia o pérdida por la diferencia entre el valor de enajenación y el valor neto contable. También se producirá un beneficio por la parte de subvención de los derechos transmitidos no imputados asignados gratuitamente, y un beneficio o pérdida por la transmisión de los adquiridos o generados no imputados.

Durante el ejercicio podrá computarse el gasto fiscal por deterioro —excepto en los instrumentos financieros que se llevan directamente a resultados— y las provisiones por devolución de derechos, para actuaciones medioambientales y para responsabilidades, con la salvedad de la responsabilidad por infracciones por derivar de una sanción, lo que provocará un ajuste positivo.

La entrega de derechos de emisión generará un ingreso o un gasto por la diferencia entre el valor de mercado en esa fecha y el importe de la provisión para atender a la devolución de los derechos. Si la dotación fue excesiva se computará un ingreso, y si resultó insuficiente un gasto adicional.

El incumplimiento del régimen administrativo de los derechos de emisión puede provocar sanciones que no son fiscalmente deducibles, lo que provocará un ajuste positivo.

La transmisión de derechos permite aprovechar la deducción por reinversión de beneficios extraordinarios en las empresas emisoras, al ser un activo intangible afecto a la actividad, siempre que transcurra un año desde la asignación, adquisición o generación del derecho.

También pueden disfrutar de beneficios fiscales por inversiones medioambientales mediante la adquisición de inmovilizado material que evite o reduzca la contaminación, así como de inmovilizado material nuevo destinado al aprovechamiento de fuentes de energía renovables. Además, estas deducciones podrían ser compatibles con la deducción por reinversión, cumpliéndose los requisitos legales, y con la generación de derechos de emisión a través de los mecanismos de desarrollo limpio y proyectos de aplicación conjunta.

En el IVA, la asignación gratuita no está sujeta por realizarse a través de un ente público en el marco de una función pública y sin provocar distorsiones significativas en la competencia, al tratarse de un mercado primario —distinto del secundario abierto a los particulares con los que puede competir— y estando la asignación preestablecida en función del cupo asignado a cada empresa.

La asignación mediante subasta, que puede operar ya en las reservas para nuevos entrantes y comenzará a aplicarse progresivamente a partir de 2013, por similitud con la concesión de uso de radiofrecuencias —analizada en la STJCE de 26 de junio de 2007, caso Hutchinson—, no constituye una participación de la autoridad nacional en el mercado de derechos de emisión, por tratarse de una actividad de control y reglamentación en el ejercicio de funciones públicas. Como no hay actividad económica no está sujeta al impuesto. No obstante, al realizarse por la administración actuando como particular, puede sostenerse su tributación por el ITP y el AJD, como transmisión onerosa de un derecho.

La **transmisión** de derechos de emisión por empresas **titulares** de las **instalaciones** definidas en la Ley 1/2005 constituye la entrega de un activo afecto a su actividad, realizada por un sujeto pasivo del IVA en el desarrollo de su actividad; por tanto, está sujeta. Así lo ha considerado unánimemente el Comité IVA en la reunión 75 de 14 de octubre de 2004, y la DGT en consultas de 14-02-2006 y 27-12-2006, que lo califica como prestación de servicios.

Lo propio sucede con el mercado de instrumentos financieros derivados, si bien en este último consideramos aplicable la exención del artículo 20.Uno.18º.k) LIVA, reflejo del artículo 135.1.f) de la Directiva 112, por tratarse de títulos-valores vinculados a la cotización de los derechos de emisión en los mercados organizados.

La entrega forzosa de derechos sin contraprestación, que se realiza el 30 de abril siguiente a cada ejercicio, de acuerdo con el PNA, no constituye autoconsumo de servicios al no realizarse para fines ajenos a los de la actividad empresarial o profesional, pues la entrega se realiza para cumplir el objeto de la actividad.

En operaciones intracomunitarias, la localización fiscal será en destino cuando el cliente sea sujeto pasivo del IVA y se tributará en origen cuando no lo sea. En cambio, si la transmisión se hace a un país tercero, se aplica la regla general de tributación en destino si el cliente es sujeto pasivo, pero no la de tributación en origen cuando lo sea un particular; en consecuencia, el servicio no se entiende realizado en el TAI cuando el adquirente del derecho de emisión sea un particular con domicilio en un país tercero.

La Ley 11/2009 ha dispuesto un supuesto de inversión generalizada del sujeto pasivo, tanto en operaciones internacionales como internas, para evitar situaciones de fraude consistente en repercusión del IVA sin posterior ingreso.

## **Bibliografía**

1. AA. VV. (I. Sanz Rubiales, dir.), *El mercado de derechos a contaminar (Régimen jurídico-público del mercado comunitario de derechos de emisión en España*, Valladolid, Lex Nova, 2007.
2. AA. VV., *Memento práctico Francis Lefebvre Contable*, 2009.

Aníbarro Pérez, S., Incidencia del impuesto sobre el valor añadido en el mercado de derechos de emisión de gases de efecto invernadero, *Nueva Fiscalidad*, 10, 2005.

Bilbao Estrada, I., *Cambio climático y derecho tributario: un compromiso con el medio ambiente*, Madrid, CEU, 2009.

Bilbao Estrada, I. y A. I. Mateos Ansótegui, La provisión por derechos de emisión de gases de efecto invernadero: ¿instrumento de planificación fiscal en el Impuesto sobre Sociedades?, *Tribuna Fiscal*, 194, 2006.

Bilbao Estrada, I. y A. I. Mateos Ansótegui, El Impuesto sobre Sociedades y los derechos de emisión de gases de efecto invernadero, *Revista de Contabilidad y Tributación*, 78, 2006.

Carbajo Vasco, D., Algunas notas sobre la tributación del comercio de derechos de emisión, *Noticias de la Unión Europea*, 258, 2006.

Csikós, K., International Tax Implications of Tradable Allowances, *European Taxation*, vol. 47, núm. 3, 2007.

FIELD (Foundation for International Environmental Law and Development), "International Workshop on The Legal Nature of Emissions Reductions", 25-26 mayo, 2004, London.

Gallego López, J. B., La tributación del comercio de los derechos de emisión en el ámbito de la imposición directa, *Nueva Fiscalidad*, 4, 2008.

García Rendón y Palacios Builes, La integración del mercado eléctrico de los países nórdicos - nord pool - lecciones para otros mercados, Universidad EAFIT, Medellín, Colombia.

Gorospe Oviedo, J. I., El régimen tributario de los derechos de emisión en el Impuesto sobre Sociedades y en el IRPF, en AA. VV., *La fiscalidad de los derechos de emisión: estado de situación y perspectivas de futuro*, IEF, 2009.

13. Ramos Villar, I., La concertación de derivados *over the counter* sobre derechos de emisión europeos, *Revista de Derecho del Mercado de Valores*, 1, 2007.
14. Rodríguez Márquez, J., Los derechos de emisión de CO<sub>2</sub> y el Impuesto sobre el Valor Añadido, en AA. VV., *La fiscalidad de los derechos de emisión: estado de situación y perspectivas de futuro*, IEF, 2009.
15. Rodríguez Ondarza (dir), Gutiérrez Lousa y Galán Ruiz (coords.), *El Impuesto sobre Sociedades y su reforma para 2007*, Pamplona, Thomson-Civitas, 2006.