

## La fiscalidad internacional de los derechos de emisión de CO<sub>2</sub> y los precios de transferencia

Juan Ignacio Gorospe Oviedo  
Universidad San Pablo CEU

**SUMARIO:** I. UN PROBLEMA TRANSNACIONAL Y MEDIDAS PARA ABORDARLO. II. COEXISTENCIA DE INSTRUMENTOS Y FALTA DE COORDINACIÓN. III. LA TRIBUTACIÓN INTERNACIONAL DE LAS RENTAS GENERADAS POR EL COMERCIO DE DERECHOS DE EMISIÓN. A. *Planteamiento previo.* B. *Tributación de los derechos de emisión si existe convenio para evitar la doble imposición.* C. *Ausencia de convenio para evitar la doble imposición.* IV. REGLAS SOBRE PRECIOS DE TRANSFERENCIA. V. BIBLIOGRAFÍA.

### **I. UN PROBLEMA TRANSNACIONAL Y MEDIDAS PARA ABORDARLO**

La contaminación y el cambio climático constituyen un problema transfronterizo que no conoce fronteras geográficas ni políticas, dado que el medio ambiente es un bien común global. Las medidas que unilateralmente adopte un país no serán efectivas si los otros países no establecen medidas anticontaminantes, pues las emisiones de gases de efecto invernadero (en adelante, GEI) se expanden por la atmósfera de todo el planeta. Un estudio de la Agencia Internacional de la Energía sobre el reparto de emisiones por grupos de países entre 1973 y 2006 mostró un aumento global de emisiones de CO<sub>2</sub> de casi el 80 por 100, pero lo más llamativo fue que mientras los países de la OCDE redujeron su peso en emisiones del 66 por 100 al 46 por 100, China pasó del 5,7 por 100 al 20,2 por 100, pudiendo convertirse en el principal emisor de dióxido de carbono, seguido por los Estados Unidos y la India [*World Energy Outlook (executive summary) 2009*]. De hecho, los

compromisos anteriores a la COP21 no alteran la creciente necesidad de energía en torno a un tercio hasta 2040, protagonizado principalmente por la India, China, África, Oriente Medio y el Sudeste Asiático. Por el contrario, la estructura económica y demográfica junto a la mayor eficiencia energética de los países de la OCDE suponen una reducción desde el máximo, registrado en 2007, hasta el 2040 que va desde el 15% en la Unión Europea, pasando por el 12% en Japón, hasta el 3% en Estados Unidos [*World Energy Outlook (executive summary)* 2015]. La OCDE ha estimado que es imposible conseguir una concentración de emisiones inferior a 650 ppm (partículas por millón) de CO<sub>2</sub> con el único compromiso de los países firmantes del Anexo I del Protocolo de Kyoto, pues ello requeriría que dichos países registrasen en 2050 emisiones negativas.

Por ello es necesaria una medida multilateral, un compromiso internacional, como se reconoció en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano, celebrada en Estocolmo del 5 al 16 de junio de 1972 (Principio 24). Posteriormente, la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, firmada en Nueva York el 9 de mayo de 1992, y la firma del Protocolo de Kyoto de 1997, pusieron de manifiesto la necesidad de actuar globalmente en materia de protección ambiental.

Pero esta tarea no está exenta de dificultades pues es preciso fijar los gases afectados por la reducción, los sectores de actividad contaminantes, y es necesario que se sumen al acuerdo el mayor número de Gobiernos posible. En efecto, ha habido importantes países que no han querido suscribir esos acuerdos. Así, Estados Unidos y China en Kyoto, o Canadá que declaró formalmente en diciembre de 2011 su retirada del protocolo. En noviembre de 2013, en la COP 19 de Varsovia, Japón dio un paso atrás sobre sus metas en emisiones de carbono para 2020, tras el cierre de su industria nuclear por el desastre de Fukushima.

Finalmente, en la COP 21 de París celebrada en diciembre de 2015 se llegó a un acuerdo histórico, con la aprobación por los 195 países reunidos del aumento de las temperaturas a 1,5 grados en comparación con la era pre-industrial (frente al 2% que era el anterior límite del calentamiento global, fijado en la COP15 de 2009, en Copenhague), el compromiso de fijar sus objetivos nacionales en 2020, y cada cinco años a partir de entonces, y de mitigar las emisiones de GEI (parágrafos 23 y 24 y art. 6). Entró en vigor el 4 de noviembre de 2016, tras ser ratificado por 55 países que representaban al menos el 55% de las emisiones globales de gases de efecto invernadero.

No obstante, no se imponen sanciones por su incumplimiento (art. 15), la reducción de emisiones es voluntaria (art. 6.4), y no se incluyen en el acuerdo la aviación ni el transporte marítimo. Habrá que ver cómo se progresa en la COP 23 de Bonn en noviembre de 2017.

Como dice la Encíclica *Laudato si'*, sobre el cuidado de la casa común, «Hacen falta marcos regulatorios globales que impongan obligaciones y que impidan acciones intolerables, como el hecho de que empresas o países poderosos expulsen a otros países residuos e industrias altamente contaminantes... En este contexto, se vuelve indispensable la maduración de instituciones internacionales más fuertes y eficazmente organizadas, con autoridades designadas equitativamente por acuerdo entre los gobiernos nacionales, y dotadas de poder para sancionar» (Carta Encíclica *Laudato si'* sobre El cuidado de la casa común, 2015).

Ello plantea el problema de la cobertura incompleta en términos de gases, de sectores afectados y, sobre todo, de países firmantes. Esta última circunstancia provoca el problema de las «fugas de carbono» con un trasvase de actividad económica de los países que suscriben el acuerdo a las naciones que no lo hacen, pues los países no firmantes actúan como *free-riders*, beneficiándose de los esfuerzos de los otros en la contención de emisiones de GEI a nivel global, cuando ni sus gobiernos ni sus empresas han asumido ningún coste (Cascón, 2009). La causa de las deslocalizaciones son dos: la menor competitividad de los países firmantes –pues el coste recae en el consumidor de esos países que debe pagar más por los bienes y servicios que consume y/o aumentar su contribución impositiva–, y el abaratamiento de la energía por la reducción en los países firmantes del uso de determinados combustibles fósiles –petróleo, carbón o gas– lo que supone un descenso en la demanda y una disminución de su precio.

## II. COEXISTENCIA DE INSTRUMENTOS Y FALTA DE COORDINACIÓN

Las medidas para abordar el cambio climático son cuatro:

- Tributos ambientales sobre emisiones (impuesto pigouviano a las emisiones de CO<sub>2</sub>): *carbon tax*
- Comercio de derechos de emisión (asignación de derechos de emisión siguiendo el modelo Coase: solución más eficiente asignando a los agentes derechos de propiedad sobre la causa de la externalidad): *cap and trade*

- Sistemas mixtos, que conjugan ambos mecanismos.
- Regulaciones, como la fijación de estándares de fabricación de vehículos o en la construcción de edificaciones.

Los tres primeros suponen que el agente contaminador debe pagar un precio («precio del carbono» por ser el dióxido de carbono el principal causante del cambio climático) por la externalidad negativa que supone el daño social marginal causado, con lo que se generan ingresos adicionales para el Estado o los organismos interventores que pueden dedicarse tanto a medidas complementarias como a otros destinos, salvo en el caso de asignación gratuita. En los tres supuestos el mayor coste se trasladaría al consumidor, incrementando los precios, lo que fomentaría el uso de energías más eficientes y menos contaminantes.

El impuesto de CO<sub>2</sub> permite determinar claramente el precio de las emisiones, pero no establece el nivel de emisión, y es muy difícil una acción coordinada en materia tributaria. En España, la Ley 16/2013 creó el Impuesto sobre los Gases Fluorados de Efecto Invernadero, aplicable desde el 1 de enero de 2014.

El comercio de cuotas de emisión permite, en cambio, fijar previamente el tope o límite de las emisiones, pero no el coste que supondrá para los agentes emisores. La volatilidad del precio del carbono es una de las principales contraindicaciones a un sistema de comercio. El precio ha pasado de 7 € el derecho -2 enero 2005-, a 30,5 € -19 abril 2006-, 0,03 € -30 diciembre 2007-, o 23,45€ -17 abril 2008, entrega nuevos derechos en España- (<http://www.sendeco2.com/es/comercio-co2.asp>).

Los sistemas híbridos parten de un impuesto a las emisiones de bajo poder recaudatorio para financiar actividades de prevención de la contaminación y el uso de mecanismos de mercado. La OCDE considera que los instrumentos más efectivos son los impuestos ambientales y el comercio de emisiones, incentivando el cambio de conducta y la adopción de tecnologías más respetuosas con el medioambiente (OECD, 2011).

La regulación consiste en el establecimiento de estándares de fabricación o restricciones a la venta -como los catalizadores en los coches y la supresión de la gasolina con plomo-. Son diversos instrumentos de intervención de orden jurídico, ya sean estos de carácter civil, penal o, principalmente, administrativo (los denominados *command and order* : licencias, autorizaciones, sanciones administrativas). Se critica por su rigidez, salvo que actúe como complemento flexible a los sistemas

impositivos o de comercio. A nuestro juicio, si bien desde el punto de vista de la ética ambiental sería mejor, desde una perspectiva económica podría tener consecuencias graves si no se realiza de forma flexible.

A nuestro juicio, el comercio de derechos de emisión constituye un enfoque más eficiente que la imposición o la regulación directa. Puede ser más barato, y políticamente más deseable para las industrias existentes, para las que la concesión de permisos se hace con determinadas exenciones proporcionales a las emisiones históricas. Además, la mayoría del dinero generado por este sistema se destina a actividades medioambientales. Las críticas al comercio de derechos de emisión se basan en la dificultad de controlar todas las actividades de la industria y de asignar los derechos iniciales a cada compañía, aparte de la ya citada volatilidad.

El régimen de comercio de derechos de emisión fue instituido en la Unión Europea por la Directiva 2003/87/CE, de 13 de octubre, tras puesta en España por la Ley 1/2005, modificada y desarrollada con posterioridad. El desarrollo de la segunda fase del Plan (2008-2012) fue recurrido ante el Tribunal Supremo y la Sentencia de 7 de diciembre de 2010 dictaminó que el Plan Nacional de asignación de emisiones de los GEI 2008-2012 favoreció a las centrales de carbón en detrimento de las de gas de ciclo combinado.

La Directiva europea pone de manifiesto el carácter transnacional de los derechos de emisión, fraguado tras su modificación por la Directiva 2004/101/CE. Esta norma, conocida como Directiva *Linking*, profundiza el vínculo entre el régimen de comercio de derechos de emisión de la UE y el Protocolo de Kioto, al hacer compatibles con este régimen los mecanismos «basados en proyectos» del Protocolo –CDM y JI–, si bien se ha cuestionado la utilización de estos mecanismos para obtener recursos sin mejora ambiental alguna (CDM, 2012). Ambos son homologables con los derechos de emisión, con un límite cuantitativo, a raíz de la modificación de la Directiva 2003/87/CE por la Directiva 2004/101/CE, siempre que exista previo reconocimiento en un instrumento internacional (arts. 11 bis y 25 Directiva 2003/87/CE). El derecho de emisión tiene carácter transmisible y será válido únicamente para el período de vigencia de cada Plan Nacional de asignación.

La Directiva 2003/87/CE ha ampliado su alcance con las directivas 2008/101/CE y 2009/29/CE. La directiva 2008/101/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre de 2008, tiene como objeto reducir el impacto en el cambio climático atribuible a la aviación, mediante

la inclusión de las emisiones de las actividades de este sector en el régimen comunitario de comercio de derechos de emisión.

La directiva 2009/29/CE forma parte del llamado paquete comunitario de legislación sobre energía y cambio climático, cuya principal finalidad es poner en marcha un conjunto de medidas que garanticen el cumplimiento del compromiso asumido por el Consejo Europeo en marzo de 2007: reducir para 2020 las emisiones globales de GEI de la Comunidad al menos un 20% respecto a los niveles de 1990. Su objetivo principal es incrementar la previsibilidad con un sistema de subastas, hasta llegar a una situación en 2020 en que ningún derecho será gratis, y ampliar el ámbito de aplicación del régimen para dar cabida a nuevos sectores y gases que cumplen las condiciones necesarias para ser regulados mediante un instrumento normativo de este tipo. Así, en el sector eléctrico, dada la facultad de repercutir el aumento del coste de los derechos de emisión y por tanto generar los llamados *wind-fall profits*, la venta completa en subasta debe ser la norma para ese sector a partir de 2013. En otros sectores, la asignación gratuita de derechos irá suprimiéndose gradualmente desde 2013. No obstante, se hará una excepción en el caso de las instalaciones de sectores que se consideran están expuestos a un riesgo importante de «fuga de carbono», es decir, que podrían verse obligados, por la presión de la competencia internacional, a trasladar su producción a países fuera de la UE que no imponen limitaciones similares respecto a las emisiones, lo cual tendría como consecuencia, simple y llanamente, un aumento de las emisiones globales sin ningún beneficio ambiental, como indica la Directiva. La Resolución de 23 de enero de 2014, de la Dirección General de la Oficina Española de Cambio Climático, ha publicado en el BOE de 20 de febrero de 2014 el Acuerdo del Consejo de Ministros de 15 de noviembre de 2013, por el que se aprueba la asignación final gratuita de derechos de emisión de GEI a las instalaciones sujetas al régimen de comercio de derechos de emisión para el periodo 2013-2020 y para cada año a cada instalación.

Junto a estas normas se aprobó el Reglamento (CE) n.º 219/2009, que otorga competencias a la Comisión, la Decisión 2010/2/UE, con la lista de instalaciones de sectores o subsectores expuestos a un riesgo significativo de fuga de carbono, la Decisión 2011/278/UE, sobre la solicitud de asignación para nuevos entrantes, y la Decisión n.º 1359/2013/UE, que precisa las disposiciones sobre el calendario de las subastas de derechos de emisión de GEI.

Posteriormente se aprobó el Reglamento (UE) n.º 176/2014 de la Comisión, de 25 de febrero de 2014, modificando el Reglamento (UE) n.º 1031/2010 con el fin de determinar los volúmenes de los derechos de emisión de GEI que se subastarán en 2013-2020.

Recientemente el TJUE, en Sentencia de 28 de abril de 2016 (asuntos acumulados C-191/14, C-192/14, C-295/14, C-389/14, C-391/14, C-392/14, C-393/14 28-4-2016), ha declarado nula la cantidad máxima anual de derechos de emisión de gases de efecto invernadero gratuitos fijada por la Comisión para el periodo 2013-2020. La Corte explica que la directiva europea excluye las emisiones de los generadores de electricidad. «Nunca se tienen en cuenta», recalca el texto, a la hora de fijar la cantidad máxima anual de derechos de emisión. No obstante, en 2013 la directiva se amplió para incluir las emisiones procedentes de la fabricación de aluminio y otros sectores de la industria química. Por tanto, anula la decisión de la Comisión por no exigir a los Estados Miembros incluir sus actualizaciones. Por este motivo, los Veintiocho deberán ahora facilitar a la Comisión los datos indicados, por lo que la cantidad máxima anual «puede superar o quedar por debajo» de la fijada hasta el momento. Para evitar las graves repercusiones que puede suponer para un gran número de relaciones jurídicas creadas de buena fe, el Tribunal de Justicia declara que la anulación del factor de corrección no surtirá efectos respecto de las asignaciones definitivas que ya hayan tenido lugar en los Estados miembros sobre la base de una normativa que se consideraba válida. Además, el Tribunal ha resuelto que la sentencia surtirá efecto una vez transcurridos diez meses, para dar tiempo a la Comisión a realizar los nuevos cálculos.

La Comunicación de la Comisión «Un marco estratégico en materia de clima y energía para el periodo 2020-2030», de 22 de enero de 2014, señaló que es prudente mantener el actual marco estratégico en aquellos sectores industriales más expuestos al riesgo de fuga de carbono mientras otras economías importantes no realicen esfuerzos comparables para garantizar la competitividad de las industrias europeas con uso intensivo de energía. En la actualidad, China es, junto con la UE, el mayor inversor en energías renovables y ha puesto en marcha una serie de regímenes de comercio de derechos de emisión a nivel regional que abarca las regiones económicas más importantes, con vistas a desarrollar un sistema nacional [COM(2014) 15 final].

La ausencia de un mecanismo único para hacer frente al cambio climático genera importantes conflictos en el ámbito internacional. De un lado, por

la coexistencia de diferentes instrumentos para reducir la emisión de GEI. Así, la aplicación simultánea de impuestos a las emisiones y el sistema de comercio de derechos de emisión, más aún desde la implantación del régimen de subasta en 2013 y la ampliación de posibles gases contaminantes, supone un doble gravamen que se intenta evitar con exenciones impositivas. No obstante, ello plantea su posible incompatibilidad con el régimen de ayudas de Estado, aunque en principio su carácter no selectivo permitiría aplicar estos beneficios fiscales sin vulnerar el art. 107 TFUE.

De otro, por la falta de coordinación de los instrumentos *cape and trade*, que genera una competencia fiscal entre Estados que beneficia a aquéllos que no limitan las emisiones. Además, el protocolo de Kioto establece unos mecanismos flexibles que permiten la asignación y relocalización de los derechos entre jurisdicciones, con independencia de la efectiva reducción de emisiones, que puede generar importantes problemas de fijación del precio de transferencia por tales operaciones (MAHAPATRA, 2006).

Finalmente, las operaciones transnacionales permitidas en el régimen de comercio de derechos de emisión pueden provocar situaciones de doble imposición o de elusión fiscal en el ámbito internacional, cuyo tratamiento en la imposición sobre la renta será analizado en el siguiente epígrafe.

### III. LA TRIBUTACIÓN INTERNACIONAL DE LAS RENTAS GENERADAS POR EL COMERCIO DE DERECHOS DE EMISIÓN

#### A. PLANTEAMIENTO PREVIO

La adquisición o transmisión de derechos de emisión puede tener lugar en el extranjero por una entidad residente en España o en territorio español por una entidad no residente. Para determinar la tributación en estos casos habrá que tener en cuenta, en primer término, los Convenios para evitar la doble imposición firmados por España, partiendo del Modelo de Convenio de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico de 22 de julio de 2010 (en adelante MCOCDE), en su octava actualización desde su creación en 1992, pues es el adoptado por la mayoría de los países en sus acuerdos bilaterales para prevenir la doble imposición y la elusión fiscal. Estos convenios afectan a la renta (de las personas físicas y de sociedades) y a la titularidad de los bienes (impuesto sobre el patrimonio). En segundo término, si no hay Convenio o éste permite atribuir a la soberanía tributaria española el gravamen de la renta generada –los convenios no dicen qué ley aplicar sino qué Estado puede ejercitar su poder tributario–, se aplicará el

**Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de No Residentes aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2004, de 5 de marzo (en adelante TRLIRNR).**

Partiendo de la clasificación de rentas establecida en la norma, hay que proceder a su calificación, subsumiendo el supuesto de hecho en la hipótesis normativa que le corresponda (Aguas, 2003). La calificación tributaria es relevante en cuanto que determina el régimen de tributación de los derechos y, además, en el plano internacional, la atribución del gravamen a los distintos países que intervienen en la transacción comercial de los derechos (Estado de residencia del perceptor o de la fuente u origen del rendimiento).

En el IVA es más sencillo, pues el fraude generado en el IVA motivó que la Directiva UE/23/2010, modificara la Directiva 2006/112/CE, relativa al sistema común del IVA, insertando en ella un nuevo artículo, el 199 bis, disponiendo que hasta el 30 de junio de 2015 y por un período mínimo de dos años, los Estados miembros podrán establecer que el deudor del IVA sea el sujeto pasivo destinatario de cualquiera de los derechos de emisión de GEI o de otras unidades que puedan utilizar los operadores en cumplimiento de la misma Directiva. En España el art. 84.Uno.2.º d) Ley 37/1992 dispone la inversión del sujeto pasivo en estos casos, conforme a dicha Directiva, y se califica como prestación de servicios. El gravamen se producirá en las transacciones entre particulares, porque la entrega por el Estado mediante asignación gratuita o subasta estará no sujeta, al actuar el Estado en el ejercicio de una función pública (García Novoa, 2013).

Para su calificación en los impuestos sobre la renta hay que partir de su naturaleza jurídica. Se trata de bienes objeto de propiedad muy regulada, cuyo contenido es un derecho de uso sobre una cosa común que es la atmósfera mediante una autorización administrativa (Sanz Rubiales, 2007). Se trata de un bien intangible valorable económicamente y susceptible de intercambiarse en el mercado mediante contraprestación.

Las dificultades en la calificación derivan de que cada país tiene una regulación legal diferente, y no hay una norma contable internacional que dé un criterio unificado tras la retirada de la IFRIC 3, que propuso integrarlos como activos inmateriales (PriceWaterhouseCoopers&IETA, 2007).

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 titulización. Por tanto, hay que determinar en primer término su posible uso, bien para cumplir con la entrega de derechos impuesta por la Directiva 2003/87/CE, bien para comercializarlos de forma esporádica con fines meramente especulativos (BILBAO-MATEOS, 2006; GALLEGO, 2008). Analizaremos la calificación conforme a lo dispuesto en el MCOCDE, aplicable en los convenios suscritos por España, y en el TRIRNR para el caso de que no exista convenio. En la web de la Agencia Tributaria puede observarse que se han firmado convenios con casi todos los países en los cinco continentes ([http://www.agenciatributaria.es/static\\_files/AEAT/Contenidos\\_Comunes/La\\_Agencia\\_Tributaria/Segmentos\\_Usuarios/Empresas\\_y\\_profesionales/Empresario\\_individuales\\_y\\_profesionales/Folleto/IRNR\\_enero\\_2011.pdf](http://www.agenciatributaria.es/static_files/AEAT/Contenidos_Comunes/La_Agencia_Tributaria/Segmentos_Usuarios/Empresas_y_profesionales/Empresario_individuales_y_profesionales/Folleto/IRNR_enero_2011.pdf)).

## B. TRIBUTACIÓN DE LOS DERECHOS DE EMISIÓN SI EXISTE CONVENIO PARA EVITAR LA DOBLE IMPOSICIÓN

Según el Modelo de Convenio de la OCDE (en adelante MC OCDE), normalmente la imposición será en el Estado de residencia, salvo que exista un establecimiento permanente en el Estado de la fuente (art. 5 MCOCDE), al que se considera fiscalmente como un ente con personalidad tributaria propia pese a carecer de personalidad jurídica, equiparándolos a las filiales en aras a la neutralidad. Se considera establecimiento permanente el «lugar fijo de negocios mediante el cual una empresa realiza toda o parte de su actividad» (art. 5.1 MCOCDE). No cabe caracterizar como establecimiento permanente el Registro Nacional de Derechos de Emisión (RENADE en España), donde todas las empresas e instalaciones afectadas por la Ley 1/2005 tienen una cuenta abierta con sus derechos, y el gestor del registro anota las compraventas (base de datos electrónica donde consta el titular de los derechos, su cuantía, y todas las operaciones relativas a los mismos), pues no coincide con la definición que da el art. 5.1 MCOCDE ni con los supuestos particulares recogidos a continuación. En su apartado dos: sedes de dirección, sucursales, oficinas, fábricas, talleres, minas, pozos de petróleo o de gas, canteras u otros lugares de extracción de recursos naturales. Y en su apartado cinco: persona distinta de un agente independiente que actúe por cuenta de una empresa y ejerza habitualmente en un Estado contratante poderes que la faculten para concluir contratos en nombre de la empresa.

También se permite la imposición en el Estado de la fuente en los servicios de naturaleza artística y deportiva (art. 17 MCOCDE), y en materia de cánones España ha formulado una reserva al criterio general de sujeción (art. 12 MCOCDE) que permite que en la mayoría de los Convenios firmados se puedan gravar los cánones en el Estado de la fuente. Por otro lado, los pagos en concepto de cánones o royalties y los servicios a ellos conectados gozan de reducciones importantes (50 por 100 de la base imponible) en países como España, Bélgica, Holanda, Luxemburgo o Hungría, con lo que el tipo efectivo se reduce considerablemente en relación con los tipos nominales del Impuesto sobre Sociedades vigente en estos países (MARTÍN JIMÉNEZ, 2008).

La enajenación de derechos de emisión plantea la duda, a la luz del MCOCDE, de si genera beneficios empresariales, cánones o ganancias patrimoniales, pues el resto de rentas *a priori* debe descartarse.

El MCOCDE tiene sus reglas propias de calificación aunque limitadas. El art. 3.2 dispone que en los términos no definidos se aplique la legislación fiscal interna del Estado que aplique el Convenio relativa a los impuestos objeto del mismo, salvo interpretación contextual distinta. Veamos lo que dispone el texto del Modelo.

Comenzando por los beneficios empresariales se regulan en el art. 7 MCOCDE que si bien no los define, el Comentario 59 al MC señala que el término «beneficios empresariales» (business profits) debe interpretarse en sentido amplio, comprensivo de toda renta que derive o sea continuación de una actividad empresarial. Sin embargo, el párrafo séptimo de dicho artículo dispone que «cuando los beneficios comprendan rentas reguladas separadamente en otros artículos de este Convenio, las disposiciones de dichos artículos no quedarán afectadas por las del presente artículo», lo que implica la necesidad de verificar si la renta derivada de la transmisión de los derechos de emisión se puede incluir en alguna otra categoría, pues ésta no deberá verse afectada por el concepto de beneficio empresarial.

Los cánones se definen en el art. 12.2 del MCOCDE como «las cantidades de cualquier clase pagadas por el uso, o la concesión de uso, de derechos de autor sobre obras literarias, artísticas o científicas incluidas las películas cinematográficas, de patentes, marcas de fábrica o de comercio, dibujos o modelos, planos, fórmulas o procedimientos secretos, o por informaciones relativas a experiencias industriales, comerciales o científicas».

Como puede observarse, en este concepto se incluyen algunos activos intangibles como patentes o marcas, y ya vimos que la IFRIC 3, aunque luego se retiró, incluía a los derechos de emisión en el activo inmaterial (Bilbao y Mateos, 2006). De hecho, esta es la interpretación que adoptó la Resolución del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas de 8 de febrero de 2006, tratándose de empresas emisoras, a efectos de nuestra contabilidad. En efecto, dicha Resolución lo califica como inmovilizado inmaterial dentro de la cuenta 216 «Derechos de emisión de GEI».

No obstante, en la venta de derechos de emisión no se concede el uso o derecho de uso sino la plena propiedad de los mismos para transmitirlos o entregarlos a la Administración en cumplimiento de la Ley de emisiones. Así se desprende del Comentario 8.2 al artículo 12 del MC y de la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, al enajenarse la propiedad de los derechos y no la mera cesión del uso de los mismos». Además, la definición del art. 12.2 del MCOCDE es particular para los convenios pero no tiene cabida en la normativa doméstica, por lo que se circunscribe a los derechos de propiedad intelectual, industrial o know-how (Csikós, 2008).

En cuanto a las ganancias de capital, se recogen en el art. 13 del MCOCDE, y al igual que sucedía con los beneficios empresariales tampoco se definen. No obstante, sí se indica qué elementos generan las ganancias patrimoniales: bienes inmuebles; bienes muebles que formen parte del activo de un establecimiento permanente; buques, aeronaves o embarcaciones; acciones de empresas inmobiliarias; y ganancias por la enajenación de cualquier bien no comprendido en los apartados anteriores. Una interpretación literal del término «bien» excluiría a los derechos, pero los Comentarios al artículo 13 incluyen la venta de derechos como generadores de ganancias patrimoniales. En efecto, el Comentario 24 incluye dentro del término «bien mueble» del artículo 13.2 activos intangibles, como «el fondo de comercio, las licencias de uso, etc.». Éste sería el caso de los derechos de emisión, que constituyen activos intangibles y la Dirección General de Tributos ha calificado como licencias a efectos del IVA en consulta de 5 de julio de 2006 y otras posteriores: «la prestación de servicios 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» (número V1335-06).

Con base en lo anterior, tratándose de derechos de emisión enajenados por empresas no incluidas en la Directiva 2003/87/CE, el tratamiento

más correcto es como ganancias de capital. No son cánones porque no se concede el uso o derecho de uso sino la plena propiedad de los mismos para transmitirlos o entregarlos a la Administración en cumplimiento de la Ley de emisiones. Y tampoco son beneficios empresariales en cuanto que pueden incluirse en otra categoría, las ganancias de capital, que comprende también activos intangibles como son los derechos de emisión.

En cambio, si son empresas titulares de instalaciones emisoras de GEI, dada su relación con la actividad que realizan, serán tratados como beneficios empresariales.

Tanto si son ganancias de capital como beneficios empresariales tributarán conforme al criterio del país de residencia.

El tipo de gravamen aplicable en cada caso será el fijado en el convenio.

### C. AUSENCIA DE CONVENIO PARA EVITAR LA DOBLE IMPOSICIÓN

Si no hay Convenio o se permite atribuir a la soberanía española el gravamen, se aplicará el TRIRNR. Para ello, es preciso que la renta sea obtenida por un no residente y que, además, dicha renta se considere obtenida en territorio español.

Los sujetos titulares de instalaciones emisoras de GEI que obtengan la renta mediante establecimiento permanente (instalaciones o lugares de trabajo en territorio español, o actuación mediante agente autorizado, art. 13.1.a) TRIRNR) se someterán al impuesto por la transmisión de derechos de emisión, pues el art. 16).1.c) TRIRNR incluye «las ganancias o pérdidas patrimoniales derivadas de los elementos patrimoniales afectos al establecimiento permanente», y los derechos de emisión están vinculados funcionalmente a la actividad.

Si no hay establecimiento permanente, se podría calificar como renta de actividad económica si no encaja en otro de los supuestos de la Ley –como sucede en el MO OCDE- y se realiza una actividad económica en territorio español (art. 13.1.b) 1.º TRIRNR). Si el no residente no desarrolla, desde un punto de vista material, ninguna actividad económica en territorio español, la transmisión de derechos no puede calificarse como tal. Lo correcto es considerarlo una ganancia patrimonial, cuando se derive «de derechos que deban cumplirse o se ejerciten en territorio español» (art. 13.1.i 2.º TRIRNR). Ello plantea dudas en cuanto que no se sabe inicialmente si la entrega de los derechos de emisión se llevará a cabo en territorio español. Lo mejor sería fijar como punto de conexión el territorio español si el adquirente es

una empresa sometida a la Directiva de 2003 con el objetivo de cumplir su objetivo de emisiones. Por el contrario, si se adquiere con fines especulativos no se consideraría producido en España el hecho imponible.

Los sujetos no incluidos en la Directiva 2003/87/CE, que actúen mediante establecimiento permanente, tributarán por el IRNR siempre que los derechos de emisión se consideren vinculados funcionalmente al desarrollo de la actividad (art. 16.1 c) ya citado), por ejemplo, si desarrolla una actividad de compraventa de activos financieros, entre los que se encuentran los derechos de emisión. En otro caso, no estarán sujetos.

En cuanto a las rentas que obtengan sin establecimiento permanente, sería en principio una ganancia de patrimonio que, si deriva de derechos que deban cumplirse y ejercitarse en territorio español, tributaría por el IRNR (art. 13.1.i) 2.º), lo que sucederá si se adquieren por el titular de una instalación contaminante, como se dijo antes. En cambio, si son adquiridos por un sujeto para comercializarlos, no se aplicaría este apartado. Surge la duda de si tributaría como actividad económica (art. 13.1.b) 1.º TRIRNR), pero al no realizarse materialmente la actividad económica en territorio español no se someterá al impuesto.

Resta añadir que el art. 14.1 c) establece la exención de las GP derivadas de bienes muebles, obtenidos sin mediación de establecimiento permanente, por residentes en otro Estado miembro de la Unión Europea o por establecimientos permanentes de dichos residentes situados en otro Estado miembro de la Unión Europea. Esta exención se creó inicialmente por la Ley 18/1991 y responde a razones de política económica (Casado, 1999). En principio, no será aplicable la exención a los derechos de emisión en cuanto que no constituyen «bienes muebles», tal como se definen en los arts. 335 y 336 del Código civil, y la Ley General Tributaria prohíbe la analogía en materia de exenciones. No obstante, este último precepto, relativo a los muebles por analogía, ha dado pie a la doctrina a incluir bienes intangibles –como la propiedad intelectual– o derechos patrimoniales –sobre muebles o títulos-valores–, lo que permitiría incluir a los derechos de emisión (O’Callaghan, 2008).

El tipo aplicable cuando se opera con establecimiento permanente es el 25%, y el de las ganancias patrimoniales es el 19% conforme a los arts. 19 y 25.1.f) TRIRNR.

#### IV. REGLAS SOBRE PRECIOS DE TRANSFERENCIA

La fiscalidad de las operaciones entre sujetos vinculados (matrices y filiales o establecimientos permanentes, entidades integrantes de un grupo...), los denominados precios de transferencia, adquiere una gran relevancia en el ámbito internacional debido a la posible erosión de bases imponibles y deslocalización de beneficios gravables, así como a los riesgos de doble imposición en casos de ajuste valorativo. En este entorno inciden normas de derecho nacional, bilaterales –convenios fiscales y doctrina de la OCDE– y de la UE.

Son fundamentales en esta materia el MCOCDE, las Directrices aplicables en materia de precios de transferencia a empresas multinacionales y Administraciones tributarias de 1995, y el Foro conjunto de precios de transferencia de la UE de 2002.

Dada la importancia de esta materia en el marco del mercado interior y el buen resultado de la Comisión por el Foro Conjunto de la Unión Europea sobre Precios de Transferencia, se estableció un nuevo grupo de expertos mediante la Decisión de la Comisión, de 26 de enero de 2015, denominado Foro Conjunto de la UE sobre Precios de Transferencia.

El principio de plena competencia o de longitud de brazo (*arm's length*) se contiene en el art. 9 del MCOCDE y se concreta también en su artículo 7, en relación con la fiscalidad de los establecimientos permanentes. El art. 9.1 prevé que si en una operación internacional entre empresas asociadas las condiciones difieren «de las que serían acordadas por empresas independientes», los beneficios que habría obtenido una de las empresas «podrán incluirse en los beneficios de esa empresa y someterse a imposición en consecuencia». Para evitar la doble imposición que supone aumentar la renta a una de las partes, el apartado 2 prevé el ajuste bilateral para la otra parte: «ese otro Estado practicará el ajuste correspondiente de la cuantía del impuesto que ha percibido sobre esos beneficios». Dicho precepto no especifica ni el método a emplear para efectuar el ajuste ni el plazo para hacerlo (Comentarios 7 y 10), y pese a su carácter imperativo es discrecional para los Estados llevarlo a cabo (LANG, 2014). Al respecto debe considerarse el artículo 25 que regula el procedimiento amistoso concretado en el Real decreto 1794/2008, para resolver la doble imposición, si bien no hay ningún precepto que obligue a las administraciones a llegar a una solución. Para superar estas limitaciones, las directrices en su capítulo cuarto introducen la figura del arbitraje para someter a las administraciones a la decisión del árbitro cuando éstas no logren dentro del plazo llegar a un acuerdo.

El término precios de transferencia proviene de las directrices de la OCDE. La naturaleza de la operación puede ser muy amplia, incluyendo bienes, derechos y prestaciones de servicios, y puede referirse tanto a ingresos como a gastos desajustados por comparación con los de mercado. La expresión en sí no debe asociarse a una elusión fiscal con manipulación interesada o artificial de bases imponibles, como afirman las directrices de precios de transferencia de la OCDE, párr. 1.2.

La *ratio legis* de la norma es considerar a los distintos miembros del grupo multinacional como si fueran empresas separadas en lugar de partes inseparables de una sola empresa.

El régimen de precios de transferencia sobre derechos de emisión operará cuando no haya un mercado organizado, ante la inexistencia de un precio cierto que permita a la Administración cuantificar el valor de mercado si no lo ha hecho el contribuyente. Los derechos de emisión pueden adquirirse gratuitamente o mediante subasta a la Administración, generarse a través de los mecanismos flexibles, o comprarse en el mercado OTC o bien en la Bolsa, dentro de un mercado organizado. No deben aplicarse los precios de transferencia cuando el precio sea cierto y constatable –asignación, subasta o adquisición en Bolsa–. Únicamente en la generación, por diferir el precio de adquisición de las materias primas y factores de la producción del valor de mercado, y en la adquisición fuera de mercados organizados podría aplicarse la regla de valoración entre partes independientes.

Para la valoración de los derechos de emisión habrá que acudir al precio libre comparable según mercados de negociación por ser el más directo y fiable según las Directrices de la OCDE. Para ello, habrá que considerar el mismo mercado geográfico, mercancía igual o similar, volumen equivalente, idéntico tramo de operaciones, y mismo período de tiempo.

En España, en julio de 2009, se constituyó el Foro de Grandes Empresas, con la participación de la Secretaría de Estado de Hacienda y representantes de determinadas empresas, para fijar las pautas de la relación entre la AEAT y las empresas sobre las consecuencias fiscales de determinadas operaciones relacionadas con los precios de transferencia. Se señaló que los Acuerdos previos de valoración son procedimientos basados en la confianza entre el contribuyente y la Administración tributaria con la finalidad de establecer un marco jurídico estable para las operaciones vinculadas durante una serie de períodos impositivos. Se concluyó, en

línea con las Directrices de la OCDE en materia de precios de transferencia, que la documentación presentada por los contribuyentes en un acuerdo sólo pueda ser utilizada respecto de estos procedimientos, y que el desistimiento del mismo no debe por sí sólo implicar una comprobación de los precios de transferencia de un contribuyente. Ello refuerza la seguridad jurídica en una materia confusa.

En el caso de los derechos de emisión, las dudas que plantea su calificación, la posibilidad de adquirirlos fuera de un mercado organizado, la existencia de varios mercados para su valoración, y su volatilidad, suponen un riesgo añadido por lo que estos acuerdos previos pueden ser un interesante instrumento en garantía de la seguridad jurídica del contribuyente.

## V. BIBLIOGRAFÍA

- BILBAO y MATEOS (2006) «El Impuesto sobre Sociedades y los derechos de emisión de Gases de Efecto Invernadero. Retos y oportunidades», *Revista de Contabilidad y Tributación* 285, 83-128.
- CASADO (1999), «Comentarios al artículo 13: Rentas exentas del IRNR», in *Los nuevos impuestos sobre la renta de las personas físicas y sobre la renta de no residentes*, McGraw-Hill, Madrid, 1999, p. 805.
- CASCÓN E HINOJO (2009), «La dimensión económica internacional en la lucha contra el cambio climático», *Economía y Medio Ambiente*, núm. 847, 2009, 153.
- CSIKÓS (2008), «International Tax Implications of Tradable Allowances», *European Taxation*, vol. 47, núm. 3, 2007, 143.
- COM(2014) 15 final: A policy framework for climate and energy in the period from 2020 to 2030.
- Francisco (2015), Vaticano II, Carta Encíclica LAUDATO SI' sobre El cuidado de la casa común, 173 y 175.
- GALLEGO (2008), «La tributación del comercio de los derechos de emisión en el ámbito de la imposición directa», *Nueva Fiscalidad*, núm. 4, 2008, 83-99.
- García NOVOA (2013), «Fiscalidad de los derechos de emisión. Un punto de encuentro entre la tutela del medio ambiente y el régimen de protección de las libertades comunitarias», en Sanz LARRUGA, GARCÍA

PÉREZ y PERNAS GARCÍA (Dir.), Libre mercado y protección ambiental: intervención y orientación ambiental de las actividades económicas, INAP, 2013, 509.

García PRATS (2009), «Aspectos internacionales de la fiscalidad de los derechos de emisión», in Bilbao et al., IEF, 2009, 455.

MAHAPATRA, 2006.

Martín JIMÉNEZ (2008), «La fiscalidad de los servicios técnicos internacionales/asistencia técnica en los Convenios para la eliminación de la doble imposición», REDF, núm. 140, 2008, 904.

Model Tax Convention on Income and on Capital as adopted by the OECD Council on 22 July 2010.

O'CALLAGHAN, 2008.

OECD (2011), OECD's current tax agenda, Organisation for Economic Co-Operation and Development, 33.

PricewaterhouseCoopers and IETA (2007). «Trouble - Entry Accounting. Revisited. Uncertainty in accounting for the EU Emissions Trading Scheme and Certified Emission Reductions» [http://www.ieta.org/assets/Reports/trouble\\_entry\\_accounting.pdf](http://www.ieta.org/assets/Reports/trouble_entry_accounting.pdf).

Sanz RUBIALES (2007), El mercado de derechos a contaminar, Régimen jurídico-público del mercado comunitario de derechos de emisión en España, Lex Nova.

The Global CDM Hydro Hall of Shame (2012), in <http://www.internationalrivers.org/en/node/7143>.

Website of the Spanish Tax Agency: [http://www.agenciatributaria.es/static\\_files/AEAT/Contenidos\\_Comunes/La\\_Agencia\\_Tributaria/Segmentos\\_Usuarios/Empresas\\_y\\_profesionales/Empresario\\_individuales\\_y\\_profesionales/Folletos/IRNR\\_enero\\_2011.pdf](http://www.agenciatributaria.es/static_files/AEAT/Contenidos_Comunes/La_Agencia_Tributaria/Segmentos_Usuarios/Empresas_y_profesionales/Empresario_individuales_y_profesionales/Folletos/IRNR_enero_2011.pdf).

World Energy Outlook (executive summary) 2009.

World Energy Outlook (executive summary) 2015.