

# Los derechos de emisión de CO<sub>2</sub> y la fiscalidad española

**Autor:** *Javier Alonso Madrigal*

Profesor de Derecho Financiero y Tributario.

Facultad de Derecho. Universidad Pontificia Comillas

## Resumen

El sistema de derechos de emisión de CO<sub>2</sub> ha de coordinarse adecuadamente tanto con los tributos sobre los combustibles fósiles como con los que gravan las propias emisiones. La tributación del comercio de dichos derechos plantea problemas en cuanto a su tratamiento el IVA -y, correlativamente, en el ITP- derivados de la determinación de la naturaleza de dichos derechos y de las condiciones de asignación o subasta de los mismos. En el Impuesto de Sociedades, la ausencia de un tratamiento específico en la normativa fiscal de las operaciones relativas a los derechos de emisión deja a la regulación contable la determinación de cuál es su efecto en el resultado de las empresas que las realicen y, en consecuencia, en el impuesto. El mecanismo de asignación gratuita y la exigencia de entrega de los derechos de emisión equivalentes a las emisiones de gases realizadas en el ejercicio precedente son cuestiones que plantean dificultades.

*Palabras clave:* Derechos de emisión de CO<sub>2</sub>, Impuestos sobre emisiones, IVA, ITP, Impuesto de Sociedades.

### Abstract

The system of CO<sub>2</sub> emission allowances has to be suitably coordinated with the taxes on the fossil fuels as much as with the taxation on the emissions itself. The taxation of the commerce of emission allowances by the VAT - and, correlatively, in the ITP- creates problems on its treatment derived from the determination of the nature of emission allowances and the conditions of their allocation or auction. In the corporate tax, the absence of a specific treatment in the fiscal norm of the operations relative to the emission allowances leaves to the accountant regulation the determination of which it is its effect in the result of the companies and, consequently, in the tax. The mechanism of free allocation and the exigency of deliverance of the emission allowances equivalent to the gas discharges made in the preceding period are questions to solve.

*Key words:* CO<sub>2</sub> emission allowances, Taxes on emissions, VAT, ITP, Corporate tax.

Recibido: 30.04.2012

Aceptado: 14.05.2012

---

## I. La coordinación entre fiscalidad ambiental y mercado de derechos de emisión de CO<sub>2</sub>

Las ventajas del sistema de comercio de derechos de emisión sobre el establecimiento de impuestos que graven las emisiones de CO<sub>2</sub> se cifrarían fundamentalmente, en primer lugar, en el hecho de que el límite máximo global de las emisiones de los participantes es establecido a priori, de forma que los mismos sólo podrán incrementar sus emisiones individuales por encima de los derechos que inicialmente les han sido asignados en la medida en que otros participantes hayan disminuido las mismas generando excedentes de derechos de emisión que aquéllos puedan adquirir; en segundo lugar, en el incentivo que supone para las instalaciones participantes para disminuir sus emisiones el hecho de poder vender los derechos de emisión que dicho descenso les proporcione, con el paralelo desincentivo para las instalaciones que se vean obligadas a adquirirlos por superar sus emisiones los derechos que inicialmente les han sido asignados. La principal lógica económica del comercio de derechos de emisión radica en el uso de mecanismos de mercado para lograr que las reducciones de emisiones necesarias para alcanzar un resultado medioambiental predeterminado se efectúen allá donde sea más barato<sup>1</sup>. El inconveniente fundamental

---

<sup>1</sup> Comisión Europea "Libro Verde sobre el comercio de los derechos de emisión de gases de efecto invernadero en la Unión Europea". COM (2000) 87 final. Bruselas 8 de marzo de 2000. p.8.

estribaría en la incertidumbre sobre el coste o precio que los excesos de emisión van a suponer para los emisores, puesto que su determinación se deja al mercado de los derechos de emisión; al contrario de lo que sucede con los tributos medioambientales, que incrementan el coste de las emisiones en una determinada cantidad o porcentaje, dejando al mercado que determine la cantidad de emisiones que está dispuesto a “adquirir” al precio constituido por la suma del precio del producto que constituye la fuente de CO<sub>2</sub> y el tributo correspondiente<sup>2</sup>.

No obstante, la combinación de impuestos sobre la energía y el sistema de comercio de emisiones se revela óptima si se realiza de forma complementaria y conjunta, empleando el instrumento tributario para disminuir las emisiones de dióxido de carbono en los denominados sectores difusos, en los que el control de las emisiones que implica el sistema de comercio de derechos no es técnicamente viable, como el del transporte, las calefacciones del sector doméstico y los usos agrícolas de combustibles fósiles, y el instrumento del sistema de comercio de los derechos de emisión para las grandes fuentes de emisión de CO<sub>2</sub>, para los que resulta viable ejercer el control de emisiones implícito en dicho sistema. Sin embargo, la combinación de ambos instrumentos puede plantear dos órdenes de problemas. El primer inconveniente derivaría, a nuestro modo de ver, de la desigualdad en el trato que está implícita en el sometimiento de los denominados sectores difusos a un régimen tributario que exclusivamente desincentiva las emisiones mediante el incremento del coste de las mismas a través de la tributación, mientras que a los grandes emisores se les somete a un régimen flexible que incentiva los descensos en las emisiones en la misma medida que desincentiva los incrementos de las mismas. El segundo orden de inconvenientes sería el que se derivaría de someter a ambos instrumentos a algunos sectores, con las distorsiones consiguientes. Tal y como señalan G. Franco y Herrera “*deben buscarse soluciones técnicas que eviten la duplicidad de gravamen, entendida en sentido amplio (impuestos sobre el CO<sub>2</sub> y la energía, de un lado, y pago de la tasa por la asignación inicial o del ‘precio de mercado’ de los permisos, de otro)*”<sup>3</sup>.

En el ámbito estatal, puede hacerse referencia a este respecto como índice de la falta de adecuada coordinación de la imposición sobre combustibles fósiles con el mercado de derechos de emisión, a la regulación del nuevo Impuesto Especial sobre el Carbón<sup>4</sup> contenida en la Ley 22/2005, de 18 noviembre<sup>5</sup>, que incorpora al ordenamiento jurídico español diversas directivas comunitarias en materia de fiscalidad de productos energéticos y electricidad y del régimen fiscal común aplicable a las socie-

<sup>2</sup> Puede consultarse al respecto la obra de Buñuel González M., “El uso de instrumentos económicos en la política de medio ambiente”. CES. Madrid. pp.103 y ss.

<sup>3</sup> G. Franco Y. y Herrera Molina P., “Los nuevos instrumentos económicos para el fomento de energías renovables desde la perspectiva del Derecho financiero comunitario”. *Noticias de la Unión Europea*. Núm.237. 2004. p.66.

<sup>4</sup> Sobre este Impuesto puede consultarse el trabajo de Álvarez Arroyo, R., “El Impuesto Especial sobre el Carbón”. *Noticias de la Unión Europea*, Núm.268, Mayo 2007, pp.5-11.

<sup>5</sup> BOE 19 noviembre 2005, núm. 277.

dades matrices y filiales de estados miembros diferentes, y se regula el régimen fiscal de las aportaciones transfronterizas a fondos de pensiones en el ámbito de la Unión Europea. A través de dicha Ley se transpone a nuestro ordenamiento la Directiva 2003/96/CE, de 27 octubre<sup>6</sup>, en la que se reestructura el régimen comunitario de imposición de los productos energéticos y de la electricidad, norma en la que se hace referencia al hecho de que “*La imposición de los productos energéticos y, cuando proceda, de la electricidad constituye uno de los instrumentos de que se dispone para alcanzar los objetivos del Protocolo de Kioto*” y en la que se prevé expresamente (Art.17.1 b) la posibilidad de aplicar reducciones impositivas por el consumo de productos energéticos utilizados para determinados fines que la misma concreta de forma sumamente restrictiva “*cuando (...) se apliquen regímenes de permisos negociables o medidas equivalentes, siempre que conduzcan a alcanzar objetivos de protección medioambiental o a mejorar la eficiencia energética*”.

Pues bien, pese a la sumamente prudente previsión de la Directiva, la citada Ley 22/2005 (Art.77) sujeta al impuesto “*la puesta a consumo del carbón en su ámbito territorial*” y declara exentas tan solo (Art.79.3) “*Las operaciones que constituyan puesta a consumo de carbón cuando impliquen el empleo de éste en los usos siguientes: a) Producción de energía eléctrica y cogeneración de electricidad y calor. b) Reducción química y procesos electrolíticos y metalúrgicos. c) Procesos mineralógicos. (...) .d) Como combustible en el ámbito del consumo doméstico y residencial. Se presumirá que el carbón se destina a esta utilización cuando sea objeto de venta o entrega a consumidores finales no industriales. e) Cualquier uso que no suponga combustión*”; sin hacer uso de la previsión del Art.17.1 b) de la Directiva 2003/96/CE. Con ello, el empleo del carbón en las instalaciones dedicadas a actividades incluidas en el ámbito de aplicación de de la Ley 2005/463 en su Anexo 1, distintas a las que dan lugar a la citada exención en el Impuesto Especial sobre el Carbón, dará lugar tanto a la exacción de dicho impuesto especial como a la inclusión de dichas instalaciones en el sistema de derechos de emisión, con el consiguiente coste adicional por la adquisición de derechos de emisión, en la medida en que las emisiones superen los límites correspondientes a la asignación inicial.

Mejor coordinación con el mercado de derechos existe en el caso de alguno de los impuestos ecológicos autonómicos<sup>7</sup>. El “*Impuesto sobre el daño medioambiental causado por la emisión de contaminantes a la atmósfera*” de la C.A. de Aragón<sup>8</sup>, que tiene como hecho imponible (art.15) “*el daño medioambiental causado por las instalaciones contaminantes ubicadas en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma de Aragón,*

<sup>6</sup> DOL 31 octubre 2003, núm. 283

<sup>7</sup> Sobre la eventual consideración de dichos supuestos de no sujeción como ayuda de Estado: Antón Antón A. y Bilbao Estrada I., “La coordinación del régimen de comercio de derechos de emisión y los impuestos autonómicos sobre emisiones atmosféricas: ¿Un supuesto de ayuda de estado ilegal no compatible?” en *Crónica tributaria*. Núm.133. 2009. pp.7-59.

<sup>8</sup> Decreto Legislativo 1/2007, de 18 septiembre, BO. Aragón 3 octubre 2007, núm. 117.

mediante la emisión a la atmósfera de las siguientes sustancias contaminantes (...). c) Dióxido de carbono (CO<sub>2</sub>)”, delimita el mismo estableciendo en su art.15.b entre los supuestos de no sujeción al impuesto el daño medioambiental causado por la emisión de dióxido de carbono (CO<sub>2</sub>) a la atmósfera producida por las emisiones: “...b) realizadas desde instalaciones sujetas al régimen del comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero que constituyan emisiones en exceso respecto de las asignaciones individuales según su normativa reguladora, salvo el exceso que suponga incumplimiento de la obligación de entregar derechos de emisión conforme a dicha normativa”. De forma paralela, en el “Impuesto sobre emisión de gases a la atmósfera” de la C.A. de Andalucía<sup>9</sup>, cuyo hecho imponible (art.22) está constituido por “la emisión a la atmósfera de dióxido de carbono (CO<sub>2</sub>) (...) que se realice desde las instalaciones a las que se refiere el artículo 22 de la presente Ley”, se delimita el mismo estableciendo en su art.24<sup>10</sup> entre los supuestos de no sujeción al impuesto las emisiones “de CO<sub>2</sub> (...) realizadas desde instalaciones sujetas al régimen del comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero que constituyan emisiones en exceso respecto de las asignaciones individuales según su normativa reguladora, salvo el exceso que suponga incumplimiento de la obligación de entregar derechos de emisión conforme a dicha normativa”. Con ello los citados impuestos autonómicos no someten a tributación las emisiones que, por superar las asignaciones individuales realizadas en el Plan Nacional de Asignación, obligan a adquirir en el mercado derechos de emisión adicionales, pero someten a tributación las emisiones de CO<sub>2</sub> de la instalación hasta el límite fijado en dicho Plan<sup>11</sup>.

Por otra parte, no resulta congruente, desde esta perspectiva, que se graven las emisiones con respecto a las cuales se incumpla la obligación de entregar derechos de emisión conforme a lo dispuesto en el Art.27.2 de la Ley 1/2005, de 9 marzo<sup>12</sup>; puesto que, como ya se ha señalado, según dispone la misma en su Art.30.5<sup>o</sup> el “Incumplir la obligación de entregar derechos exigida en el artículo 27.2”, conducta calificada en el Art.29.2.e como infracción administrativa muy grave, lleva aparejada una multa “de 100 euros por cada tonelada emitida en exceso”, pero “El pago de la multa no eximirá 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”; con ello, el infractor, además de la multa de 100 euros y el importe del coste de adquisición en el mercado de los

<sup>9</sup> Ley 18/2003, de 29 diciembre, BO. Junta de Andalucía 31 diciembre 2003, núm. 251. Sobre este impuesto y los impuestos ambientales autonómicos en general y los andaluces en particular, Ordóñez de Haro C. y Rivas Sánchez C., “Los nuevos impuestos ecológicos andaluces”. *Revista Técnica Tributaria*. núm.71. pp.49-65.

<sup>10</sup> En la redacción dada al mismo por el art. 11.1 de Ley 3/2004, de 28 diciembre, BO. Junta de Andalucía 31 diciembre 2004, núm. 255.

<sup>11</sup> No puede compartirse, en función de ello, la afirmación de Bilbao y Mateos de que el Impuesto andaluz que grava las emisiones de CO<sub>2</sub> se centre “sobre las fuentes menores o las móviles cuyas emisiones son más difíciles o caras de supervisar”. Bilbao Estrada I. y Mateos Ansótegui A., “Régimen Tributario de los derechos de emisión de CO<sub>2</sub>” *CISS Tribuna Fiscal*. núm.190-191. 2006.

derechos de emisión, deberá satisfacer la cuota del impuesto autonómico, que transformaría en estos casos su naturaleza, pasando, de tributo, a convertirse en una suerte de sanción accesoria a la estatal.

El “Impuesto sobre la contaminación atmosférica” de la C.A. de Galicia<sup>13</sup> que, según declara su Art.1, tiene como fin “contribuir a regular la utilización de los recursos naturales de Galicia, y de forma específica la emisión de sustancias contaminantes”, no comprende en su hecho imponible (Art.6) la emisión a la atmósfera de dióxido de carbono. Lo mismo cabe decir del “Impuesto por emisiones de gases contaminantes a la atmósfera” de la C.A. de Murcia<sup>14</sup> que tampoco incluye en su hecho imponible (Art.42) las emisiones a la atmósfera de CO<sub>2</sub>. Por lo que se refiere al “Impuesto sobre Instalaciones que incidan en el Medio Ambiente”<sup>15</sup> de la C.A. de Extremadura, cuyo objeto declarado (Art.12) sería gravar “la incidencia, alteración o riesgo de deterioro que sobre el medio ambiente de la Comunidad Autónoma de Extremadura ocasiona la realización de las actividades a que se refiere esta Ley, a través de las instalaciones y demás elementos patrimoniales afectos a las mismas, con el fin de contribuir a compensar a la sociedad el coste que soporta y a frenar el deterioro del entorno natural” y cuyo hecho imponible está constituido (Art.13) por “la realización por el sujeto pasivo, mediante los elementos patrimoniales afectos señalados en el artículo anterior, de cualesquiera de las siguientes actividades: a) Las actividades de producción, almacenaje o transformación de energía eléctrica”, no establece en su Art.14 ningún supuesto de no sujeción similar al de los impuestos aragones y andaluz; aunque, ciertamente, no define su hecho imponible, a diferencia de los anteriormente citados, como la emisión de determinados gases a la atmósfera.

## II. El mercado de derechos de emisión de CO<sub>2</sub> y la imposición indirecta

Es necesario destacar, en primer lugar, la ausencia de una normativa específica relativa a la fiscalidad del mercado de los derechos de emisión, tanto en el ámbito interno español como en el ámbito de la Unión Europea; lo que resulta llamativo, sobre todo en el ámbito de la imposición indirecta, si tenemos presente que el objetivo perseguido por la unión es precisamente crear un mercado europeo de derechos de emisión, mercado en el que la imposición indirecta tendrá unos claros efectos sobre la competencia de los sujetos que operan en el mismo desde distintas soberanías fiscales. G. Franco y Herrera se plantean la necesidad de adaptación de la normativa vigente, mediante la adopción –en su caso- de normas de armonización comunitaria, con la finalidad de evitar distorsiones en la consecución de los objetivos medioambientales<sup>16</sup>.

<sup>12</sup> BOE 10 marzo 2005, núm. 59. “Entrega y cancelación de derechos de emisión (...) 2. Antes del 30 de abril de cada año, los titulares de las instalaciones o los administradores fiduciarios deberán entregar un número de derechos de emisión equivalente al dato de emisiones verificadas inscrito de conformidad con lo dispuesto en el artículo 23”.

<sup>13</sup> Ley 12/1995, de 29 diciembre, DO. Galicia 30 diciembre 1995, núm. 249.

<sup>14</sup> Ley 9/2005, de 29 diciembre, BO. Región de Murcia 31 diciembre 2005, núm. 301-Suplemento 3.

<sup>15</sup> Decreto Legislativo 2/2006, de 12 diciembre, DO. Extremadura 23 diciembre 2006, núm. 150.

<sup>16</sup> G. Franco y Herrera Molina. P. Op cit. p.61.

También Bilbao y Mateos consideran impropia la falta de pronunciamiento por parte de la UE en relación con el tratamiento fiscal de los derechos de emisión en el IVA<sup>17</sup>.

A nuestro modo de ver, la pregunta fundamental que cabe plantearse acerca del régimen fiscal aplicable a la transmisión de derechos de emisión en la imposición indirecta sería la siguiente: ¿Es la transmisión de derechos de emisión una transmisión de valores exenta en el Impuesto sobre el Valor Añadido? Como es sabido, el art.20 de la Ley del IVA<sup>18</sup> relativo a las “Exenciones en operaciones interiores” en su apartado Uno.18, entre las operaciones financieras que declara exentas, recoge en sus letras k) y l), respectivamente, “Los servicios y operaciones, exceptuados el depósito y la gestión, relativos a acciones, participaciones en sociedades y demás valores no mencionados en las letras anteriores de este número, con excepción de los siguientes: a ) Los representativos de mercaderías. b’) 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. No tienen esta naturaleza las acciones o participaciones de sociedades” y “La transmisión de valores a que se refiere la letra anterior y los servicios relacionados con ella, incluso por causa de su emisión o amortización, con las mismas excepciones”<sup>19</sup>. Adicionalmente, el art.108.1 de la ley 24/1988, de 28 de julio, del mercado de valores<sup>20</sup>, establece que “La transmisión de valores, admitidos o no a negociación en un mercado secundario oficial, estará exenta del Impuesto sobre el Valor Añadido y del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados”.

¿Son los derechos de emisión “valores” a efectos de esta exención? En nuestra opinión, sí que lo son. De acuerdo con los profesores Uría, Menéndez y Pérez de la Cruz, el título-valor podría definirse como aquel “documento necesario para el ejercicio del derecho literal y autónomo mencionado en él”<sup>21</sup>. En el caso del derecho de emisión; definido en el artículo 2 a) de la Ley 1/2005, de 9 marzo<sup>22</sup> 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”; la emisión física del título valor se sustituye por el registro contable en el RENADE de los mismos, regis-

<sup>17</sup> Bilbao Estrada I. y Mateos Ansótegui A., “Régimen...” cit. p.37.

<sup>18</sup> Ley 37/1992, de 28 de diciembre, que regula el impuesto sobre el valor añadido. BOE núm.312, de 29 de diciembre.

<sup>19</sup> Precepto que transpone al derecho interno de lo dispuesto por el artículo 13, parte B, letra d) de la Directiva 77/388/CE, de 17 de mayo), Sexta Directiva del Consejo en materia del Impuesto sobre el Valor Añadido: «los Estados miembros eximirán, en las condiciones por ellos fijadas y a fin de asegurar la aplicación correcta y simple de las exenciones previstas a continuación y de evitar todo posible fraude, evasión o abusos (...) las operaciones siguientes: (...) 5. 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 3 del artículo 5»

<sup>20</sup> B.O.E. de 29 de julio de 1988.

<sup>21</sup> Uría R., Menéndez A.. y Pérez de la Cruz A., “Capítulo 80. Del título valor en general: concepto y caracteres” en *Curso de Derecho mercantil. VII. la contratación mercantil. Derecho de los valores. Derecho concursal. Derecho de la navegación*. Uría R. y Menéndez A.. Cívitas. Madrid. 2001. p.689-692.

<sup>22</sup> BOE 10 marzo 2005, núm. 59.

tro en el que se anotan la persona de su titular, su transmisión y extinción, de modo que los efectos jurídicos ligados en otros títulos a la existencia y a la posesión de un documento, pasan a entenderse referidos en estos al asiento registral y a quien, según ese asiento, resulte titular de los derechos descritos en la inscripción<sup>23</sup>. A nuestro juicio, los rasgos propios que la doctrina mercantil atribuye a los títulos valores concurren en los derechos de emisión, tal y como se configura su régimen jurídico en la Ley 1/2005 y el RD 1264/2005: la incorporación del derecho al título, el carácter necesario del título para el ejercicio del derecho y el carácter autónomo del derecho del adquirente del mismo<sup>24</sup>. La incorporación del derecho al título, al asiento registral, trae como consecuencia que sólo quien figura en el asiento registral como titular pueda exigir y transmitir el derecho que se encuentra materializado en aquél. Así lo establecen el art.20.5 de la Ley 1/2005<sup>25</sup>, y el Art.21. números 3 y 4 de la misma<sup>26</sup>.

El derecho del titular de los derechos de emisión es un derecho autónomo: quien figura inscrito como titular del derecho transmite o ejercita un derecho propio, originario y no derivativo, independiente del derecho de los anteriores poseedores, al que no afectan las relaciones que hayan podido existir entre el deudor y los tenedores precedentes, y al que no se le pueden oponer las excepciones personales que se tendría contra éstos, y así se reconoce en el Art.21.5 de la Ley 5. *“La titularidad publicada por el registro se presume legítima y no estará sujeto a reivindicación el tercero que adquiera de quien figure inscrito, a título oneroso y sin mala fe ni culpa grave”* y en el Artículo 13.3. del RD 1264/2005: *“No estará sujeto a reivindicación el tercero que adquiera de quien figure inscrito, a título oneroso y sin mala fe ni culpa grave”*.

<sup>23</sup> Uría R., Menéndez A. y Pérez de la Cruz A., p.687.

<sup>24</sup> Estos rasgos del concepto de título valor han sido objeto de análisis en algún pronunciamiento de nuestra jurisprudencia contenciosa, concretamente con objeto de determinar si es posible atribuir a los resguardos nominativos de las sociedades agrarias de transformación la condición de título-valor a efectos de la aplicación de la exención prevista para su transmisión, concluyendo dichos pronunciamientos que *“no es posible reconocer a los resguardos nominativos de la SAT la condición de título-valor, no solo porque así lo excluye expresamente el art. 8 de la norma reguladora de esta clase de sociedades, sino porque faltan en ellos las características o notas definitorias de literalidad y autonomía en la incorporación del derecho al título, pues la transmisión no otorga la condición de socio al adquirente”*. Sentencia Tribunal Superior de Justicia Aragón núm. 79/2004, de 26 enero. Aranzadi JUR 2004\234375. En un sentido similar Sentencia Tribunal Superior de Justicia Comunitat Valenciana núm. 734/2000, de 27 de abril. Aranzadi JT 2000\ 1316. *“tampoco se produce la circunstancia de literalidad que conlleva todo título, pues su transmisión, no otorga la condición de socio al adquirente”*.

<sup>25</sup> Bajo la rúbrica *“Naturaleza jurídica de los derechos de emisión: (...) “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”*.

<sup>26</sup> *“Transmisión de los derechos de emisión”*:

*“3. Los derechos de emisión sólo podrán ser objeto de transmisión por parte de su titular una vez expedidos y transferidos a su cuenta de haberes conforme a lo establecido en el artículo 26. 4. La transmisión tendrá lugar en el momento de su inscripción en el registro.*

Del mismo modo, el Art.13.1 del RD 1264/2005 bajo la rúbrica *“Carácter de la inscripción”* establece que *“La transmisión de los derechos de emisión tendrá lugar en el momento de su inscripción en el Renade, previa finalización de los procesos de validación por el administrador central a que se refiere el artículo 14”*; y el Art.11, bajo la rúbrica *“Tracto sucesivo”* establece que *“Para la inscripción de la transmisión o de cualquier otra circunstancia que afecte a los derechos de emisión, será precisa su previa inscripción en la cuenta de haberes abierta por el transmitente”*.

Como señala el profesor Recalde, tanto en el derecho francés como en el alemán y en algunas Directivas comunitarias los “valores mobiliarios” se caracterizan como derechos materializados en títulos negociables, cuya presentación resulta necesaria para su ejercicio, sometidos a un régimen de transmisión más ágil y protector del adquirente que la cesión de Derecho civil. La ausencia de expedición individual de los títulos, la emisión en masa o en serie de un conjunto amplio de documentos con características y contenido similares, los hace aptos para ser objeto de negociación en mercados impersonales y organizados. Lo relevante en la configuración del concepto es precisamente la incorporación del derecho en el documento, en concreto a un título-valor, que determina la aplicación al citado derecho de un régimen de transmisión especial frente a las normas del derecho común<sup>27</sup>.

En el Real Decreto 1310/2005, de 4 de noviembre, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, en materia de admisión a negociación de valores en mercados secundarios oficiales, de ofertas públicas de venta o suscripción y del folleto exigible a tales efectos, se define en su art.3.1 los “Valores negociables” como “cualquier derecho de contenido patrimonial, cualquiera que sea su denominación, que, por su configuración jurídica propia y régimen de transmisión, sea susceptible de tráfico generalizado e impersonal en un mercado de índole financiera”, sin quedar excluido de la definición por lo dispuesto en el número 3 del mismo<sup>28</sup>. En la definición de valor negociable del art.3 del Real Decreto 1310/2005 se incluyen, en opinión de Recalde<sup>29</sup>, las notas a partir de las cuales la doctrina pretende extraer el concepto de valor negociable utilizado por el legislador: derechos de contenido patrimonial, procedentes de una misma emisión y, en fin, derechos que, por su configuración jurídica propia y régimen de transmisión, son susceptibles de tráfico generalizado en un mercado de índole financiera. Así lo afirma también claramente el legislador en la misma exposición de motivos de la Ley del Mercado de Valores<sup>30</sup>.

<sup>27</sup> Recalde Castells, A., “Los valores negociables ¿Concepto delimitador del Derecho del mercado de valores?” en *Instituciones del Mercado Financiero*. V. 5. Alonso Ureba A.. y Martínez-Simancas J. (Directores). Banco Santander Central Hispano. 1999. p.2530-2532.

<sup>28</sup> A los efectos de este real decreto, no se considerarán valores negociables, entre otros: a) Las participaciones en sociedades de responsabilidad limitada. b) Las cuotas de los socios de sociedades colectivas y comanditarias simples. c) Las aportaciones al capital de las sociedades cooperativas de cualquier clase, salvo las que por su régimen jurídico específico tengan la consideración de valores negociables.

<sup>29</sup> Recalde Castells, A., “Los valores ...” cit. p.2575.

<sup>30</sup> “La Ley reposa sobre el concepto de “valores” o, para mayor precisión, de “valores negociables”, concepto difícil de definir de forma escueta en el articulado de un texto legal, pero no por ello carente de realidad. Así, se abandona, ante todo, la relación biunívoca dominante hasta hoy entre el mercado de valores y los “títulos - valores”. Junto a éstos, la Ley introduce la importante novedad de que los valores puedan representarse mediante anotaciones en cuenta, lo que conducirá a una previsible pérdida de importancia de los tradicionales títulos. (...). Las notas adicionales que definen los “valores” a los que se refiere la Ley, a los efectos de su aplicación, negociabilidad y su agrupación en emisiones, dos características que la Ley no ha intentado precisar, pues se trata de temas de imposible concreción sin un casuismo que resultaría impropio de una disposición de rango legal. En cuanto a la negociabilidad, baste señalar que con tal expresión se ha querido hacer referencia a algo más amplio que la mera transmisibilidad, propia de prácticamente todos los derechos, y que deberá definirse en términos de un mercado que, aunque sea de proporciones reducidas, se caracterice por el predominio de los términos económicos en que se produzca la transmisión sobre las características personales de los con-

En este sentido, en la Sentencia del Tribunal Superior de justicia de la Comunitat Valenciana núm.734/2000, de 27 de abril<sup>31</sup>, relativa a la aplicación de la exención prevista en el art.108.1 de la Ley del Mercado de Valores a los resguardos nominativos determinantes de la participación en una Sociedad Agraria de Transformación, se afirma que *“la exención que comporta el artículo 108 de la Ley de Mercado de Valores, no puede desvincularse de su marco operativo. En otras palabras, la Ley no regula, ni está destinada a regular las incidencias de cualquier título valor, sino sólo las vicisitudes de aquellos a los que específicamente se refiere, y para los cuales está construida la exención que el artículo 108 proclama. Estos valores no son otros que los que menciona el artículo 2º del citado cuerpo legal. Esto es, para que los valores queden comprendidos en el marco de la Ley es preciso que sean negociables y, estén agrupados en emisiones. (...) dicha negociabilidad, se determina por la norma que se considera, en función de un mercado, grande o pequeño, (...), caracterizado por el predominio de los términos económicos sobre las características personales de los contratantes,...”*<sup>32</sup>.

En relación con ello, en la propia exposición de motivos de la Ley 1/2005, se declara que *“el mecanismo elegido para alcanzar el objetivo de la reducción de emisiones”* es precisamente *“la creación de un novedoso mercado de derechos de emisión”*, mercado que *“se configura como un mercado internacional, por lo que su implantación se debe acompañar a la del resto de los países de la UE, con el fin de garantizar que nuestros agentes económicos participen en aquél en condiciones de igualdad”*. Según la Ley, el RENADE *“se constituye como un complemento necesario del mercado de derechos de emisión (...) el carácter netamente internacional del mercado de derechos de emisión requiere, a efectos de garantizar simultáneamente la fluidez y la seguridad en el tráfico, la existencia de un solo registro que se gestione de forma centralizada. En este sentido, el registro, además de constituirse como el enlace con la autoridad central designada por la Comisión Europea, está llamado a integrarse en una red comunitaria de registros, que debe garantizar la realización de operaciones en tiempo real con un alto grado de certeza”*.

En esta misma línea, el TEAC, se ha pronunciado acerca de la naturaleza jurídica de los contratos de opciones y futuros, sobre de su consideración como “valores” a efectos del cálculo de la prorrata de las entidades financieras; con un razonamiento, a nuestro juicio, plenamente trasladable a la consideración de las operaciones con derechos de emisión como operaciones exentas<sup>33</sup>.

---

*tratantes. En cuanto a la agrupación en emisiones, se ha abandonado el concepto de valores emitidos “en serie”, tanto por la difícil concreción legal del mismo, como por el hecho de que no hay razón para no considerar agrupados en una “emisión”, de conformidad con las prácticas actuales de numerosos mercados financieros, instrumentos que puedan ser bastante heterogéneos en algunas de sus características económicas (vgr. plazo o tipo de interés) y que en ausencia de este planteamiento podrían escapar totalmente a las previsiones de la presente Ley”*.

<sup>31</sup> Aranzadi JT 2000/1316. Citada y aplicada en el mismo sentido en las SSTSJ de Galicia de 30 diciembre 2003 (Aranzadi JT 2004\ 791) y 14 mayo 2003 (Aranzadi JUR 2003\ 267906).

<sup>32</sup> En el mismo sentido se pronuncia la Sentencia del tribunal Superior de Justicia de Aragón núm. 79/2004, de 26 de enero. Aranzadi JT 2004/234375.

<sup>33</sup> *“La naturaleza jurídica de los contratos de opciones y futuros, y en particular, su consideración como valores negociables, ha sido y es una cuestión polémica en la doctrina. Algunos autores defienden que las opciones y los futuros,*

Los derechos de emisión son, por tanto, títulos valores negociables, cuya transmisión, a nuestro juicio, caería de lleno en la exención prevista en el art.20.Uno.18 de la Ley del IVA, sin que les sea aplicable la excepción prevista para los valores representativos de mercaderías<sup>34</sup>. Los títulos representativos de mercancías, también llamados títulos de tradición, son, según Uría, Menéndez y Pérez de la Cruz, “*aquellos documentos que incorporan el derecho a obtener la restitución de las mercancías identificadas en ellos, en el lugar y momento que el propio título especifica, produciendo la tenencia del documento los efectos inherentes a la posesión de las mercancías representadas*”<sup>35</sup>; no es el caso, a nuestro modo de ver, de los derechos de emisión. Aunque coloquialmente los derechos de emisión sean denominados en ocasiones “tonelada de CO<sub>2</sub>” o se hable de mercado de emisiones, no es la emisión ni la tonelada equivalente de dióxido de carbono la que es objeto de transmisión con el título; es evidente que dicho dióxido de carbono pasa –desgraciadamente- de ser propiedad del emisor que lo ha producido, a ser *res communis omnium* en el mismo momento en que se efectúa la emisión a la atmósfera del gas; con o sin permiso de emisión y al margen completamente de la transmisión de los derechos de emisión; es el derecho subjetivo a emitir dicha cantidad de CO<sub>2</sub> desde una determinada instalación durante el periodo previsto el que es objeto de transmisión<sup>36</sup>.

Aunque algunos estados miembros de la Unión, como Bélgica, Suecia y Estonia, adoptaron inicialmente la postura de considerar a efectos del IVA los derechos de emisión como valores y su transmisión –consecuentemente- exenta, para el Comité Consultivo Europeo sobre IVA<sup>37</sup>: “*Ninguna de las exenciones previstas en el art.13 de la*

---

en cuanto realidades negociables en un mercado de valores que reúnen los requisitos de contenido patrimonial, negociabilidad generalizada e impersonal en un mercado financiero y homogeneidad, pueden ser considerados como tales. Otros autores entienden que en las opciones y futuros no concurre el requisito de agrupación en emisiones, exigido en el artículo 2 de la Ley del Mercado de Valores, por lo que no pueden ser encuadrados en la categoría de valores negociables. A juicio de estos autores las opciones y futuros se encuadran dentro de la categoría de «instrumentos financieros». Ahora bien, partiendo de que la calificación de las opciones y los futuros como valores negociable no es una cuestión pacífica, debe observarse que el artículo 104. Dos.2.º no habla de «valores negociables», sino simplemente de «valores», expresión más amplia que no debe restringirse únicamente a aquellos valores susceptibles de ser agrupados en emisiones, ya que tal interpretación supondría excluir del denominador de la prorrata las plusvalías derivadas de la transmisión de realidades de contenido patrimonial, susceptibles de tráfico generalizado e impersonal en un mercado de índole financiera e integradas en la cartera de entidades financieras, por el simple hecho de no estar agrupadas en emisiones. Este criterio ya ha sido mantenido por este Tribunal Central, en concreto en la resolución de fecha 15 de julio de 2004, entendiéndose que las opciones y futuros deben considerarse «valores» a efectos del cálculo de la prorrata de las entidades financieras y, por tanto, deberán computarse en el denominador de la prorrata los intereses exigibles durante el período de tiempo que corresponda y, en los casos de transmisión de los referidos valores, las plusvalías obtenidas”. Resolución Tribunal Económico-Administrativo Central (Vocalía 5), de 2 febrero 2005. FJ 5º. Aranzadi. JUR 2005\94767.

<sup>34</sup> Como sugieren Bilbao Estrada I. Y Mateos Ansótegui A., “Régimen...” cit. p.38.

<sup>35</sup> pp.702-703..

<sup>36</sup> Una opinión diferente es sostenida por Rosembuj, para quien el derecho de emisión “*negociado en el mercado de contado va a ser aquello que el legislador tenga a bien calificar. Es decir, el legislador nacional va a tener la posibilidad de calificar jurídicamente el DEUE como una autorización, un derecho de propiedad o una materia prima*”. Rosembuj González-Capitel F., “La calificación jurídica de la unidad de carbono: qué son y qué pueden llegar a ser en derecho español”, *Revista Interdisciplinar de Gestión Ambiental*, núm.44-45, agosto-septiembre 2002, p.16

<sup>37</sup> Document TAXUD/1625/04 Rev.1 - Working paper n° 443 Rev.1).

*Directiva 77/388/EEC puede ser aplicada a estas transmisiones de permisos*<sup>38</sup>. En el caso francés, fue la finalidad de atajar el denominado fraude carrusel la que llevó a aplicar la exención prevista para los títulos valores a través de una reinterpretación de la naturaleza de los derechos de emisión realizada por una Instrucción de la Dirección General de finanzas Públicas<sup>39</sup>. El no aplicar la exención correspondiente a los valores a la transmisión de los derechos de emisión persigue quizás, a nuestro modo de ver, no desincentivar la enajenación de los derechos de emisión al incluir dichas operaciones entre las que no habilitan para el ejercicio del derecho de deducción de las cuotas de IVA soportado por parte de quienes pueden disponer de dichos derechos, en principio, precisamente por haber reducido sus emisiones de CO<sub>2</sub>.

En relación con ello, Franco y Herrera<sup>40</sup> se muestran contrarios a exonerar del IVA la venta de permisos de emisión, con la finalidad de evitar distorsiones y agilizar el funcionamiento del mercado, mediante exenciones plenas con derecho a la devolución del IVA soportado, por considerar que su finalidad es incorporar al precio del producto las externalidades negativas causadas por la contaminación, lo que haría inadecuado que su adquisición deba ser beneficiada con un régimen privilegiado con respecto a la de otros bienes y servicios utilizados en el proceso productivo. No obstante, si como dichos autores mismos reconocen, la finalidad primordial del instrumento es la de limitar la cuantía de las emisiones y la misma se persigue por la doble vía recíproca de incentivar la reducción de las mismas y el desincentivo de su incremento, es cierto que la finalidad de desincentivo queda mejor servida si la operación está gravada por el IVA, haciendo que se internalice el coste de contaminar como un coste de producción más, pero también es cierto que la finalidad de incentivo se cubre mejor si la misma está exonerada, puesto que el coste que estaría dispuesto a asumir por contaminar más el adquirente se trasladaría íntegro como incentivo al adquirente, sin IVA alguno a ingresar por éste en la Hacienda Pública. Ello podría compensar, al menos parcialmente, el incremento en el denominador de la prorrata que podría suponer para el transmitente el realizar estas prestaciones de servicios, de considerarse exentas.

El no aplicar a las transmisiones de derechos de emisión realizadas por empresarios o profesionales la exención prevista para las operaciones relativas a valores en el art.20 de la Ley del IVA<sup>41</sup> en su apartado Uno.18, letras k) y l), tiene como consecuencia en nuestro ordenamiento interno el imposibilitar también la aplicación de la exención establecida en el art.108.1 de la ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado

---

<sup>38</sup> *The transfer of greenhouse gas emission Allowances as described in Article 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 Article 9(2)(e) of Directive 77/388/EEC. None of the exemptions provided for in Article 13 of Directive 77/388/EEC can be applied to these transfers of Allowances.*

<sup>39</sup> Bilbao Estrada I. y Rodríguez Márquez J., "IVA y derechos..." cit. p.70.

<sup>40</sup> p.61.

<sup>41</sup> Ley 37/1992, de 28 de diciembre, que regula el impuesto sobre el valor añadido. BOE núm.312, de 29 de diciembre.

de Valores<sup>42</sup> y en el número 9 del art.45 del Texto Refundido del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales Onerosas<sup>43</sup>, que se remite al citado precepto de la Ley del Mercado de Valores. Tal y como señalara el legislador en la exposición de motivos de dicha Ley, la finalidad del art.108.1 no fue otra que la de hacer extensiva al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos jurídicos Documentados la exención prevista en el Impuesto sobre el Valor Añadido para las transmisiones de valores. En función de lo cual, si la transmisión no está exenta de IVA como transmisión de valores cuando es realizada por un empresario o profesional, tampoco lo estará del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales cuando no esté sujeta al IVA por no ser realizada por un empresario o profesional, en los supuestos de transmisión onerosa por actos “inter vivos”<sup>44</sup>.

Con ello se introduciría una considerable distorsión en el mercado español de los derechos de emisión, al someter las transacciones realizadas en el seno del mismo a un doble régimen tributario, en función de la condición del transmitente: las transmisiones realizadas por empresarios y profesionales quedan sujetas al IVA al tipo impositivo general del 18 por ciento<sup>45</sup>, mientras que las realizadas por no empresarios quedan gravadas al tipo establecido para las transmisiones patrimoniales onerosas de bienes muebles por la Comunidad Autónoma en la que el adquirente tenga su residencia habitual, si es persona física, o su domicilio fiscal, las personas jurídicas<sup>46</sup>; en la práctica, en defecto de normas autonómicas, el 4 por ciento en todas las CC.AA. en aplicación de lo dispuesto en el art.11.1. a) párrafo segundo del texto refundido. Las distorsiones no se limitan tan sólo a las provocadas por el distinto tipo de gravamen existente en el IVA y en el ITP, sino que se extienden también a la diferencia de sujeto pasivo, adquirente en el ITP y transmitente, salvo en los supuestos de inversión del sujeto pasivo, en el IVA. Aunque la mayor distorsión vendría provocada por la posibilidad de deducción de las cuotas de IVA soportado en la adquisición por parte de los sujetos pasivos del IVA, posibilidad vedada a quienes no son empresarios y profesionales, frente a la imposibilidad de “deducción” de las cuotas del ITP, sea quien sea el adquirente de los derechos.

Esta última imposibilidad, pese a la sensible diferencia entre los tipos a favor de las operaciones gravadas por el ITP, supone, a nuestro juicio, una auténtica barrera fiscal a la participación de quienes no son sujetos pasivos del IVA en el mercado de

<sup>42</sup> B.O.E. de 29 de julio de 1988.

<sup>43</sup> Real Decreto Legislativo 171993, de 24 de septiembre, que aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados. BOE núm.251, de 20 de octubre.

<sup>44</sup> Art.7.1 A) del Real Decreto Legislativo 171993, de 24 de septiembre, que aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados. BOE núm.251, de 20 de octubre.

<sup>45</sup> Art.90. Uno de la Ley 37/1992, de 27 de diciembre.

<sup>46</sup> Art.19.2 d) de la Ley orgánica de Financiación de las Comunidades Autónomas, redactado por la Ley orgánica 7/2001, de 27 de diciembre, , Art.25.2 C) 3º y art.41.1. a) de la Ley 21/2001, de 27 de diciembre, que regula las medidas fiscales y administrativas del nuevo sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de Régimen Común y Ciudades con Estatuto de Autonomía. BOE núm. 313, de 31 de diciembre.

derechos de emisión. Como adquirentes tendrán que soportar un coste fiscal que en ningún caso pueden recuperar, más que por la vía de incorporarlo al precio de venta de los derechos; lo que haría preferible para los mismos, a igualdad de precio de oferta, adquirir los derechos de quien no les va a repercutir un 18 por ciento de IVA, soportando sólo el coste fiscal que supone el 4 por ciento del ITP. Cuando actúen como transmitentes, al precio al que los mismos estén dispuestos a vender dichos derechos, que tenderá además a incorporar el impuesto soportado en su adquisición, el adquirente, sea quien sea, deberá sumar el coste no recuperable vía deducción de las cuotas que supone el 4 por ciento de ITP. En cambio, para los sujetos pasivos del IVA no sometidos a la regla de la prorrata, adquirir de quien es también sujeto pasivo y les repercute una cuota de IVA del 18 por ciento por la transmisión no supone coste fiscal alguno, fuera del coste financiero; lo que hará innecesario para los mismos incorporar dicha cuota de IVA satisfecha al precio de venta de los derechos; mientras que, como adquirentes, preferirán no adquirir derechos cuya transmisión esté sometida al ITP, impuesto que no van a recuperar más que por la vía de incorporarlo al precio.

En cuanto a las operaciones con futuros que tuvieran como activo subyacente los derechos de emisión, en opinión de Rosembuj, "*Nada obsta a que el legislador español califique el DEUE como materia prima o como bien fungible subyacente no financiero de contratos financieros susceptibles de ser objeto de negociación en mercados secundarios de valores, como es el caso de los cítricos o del aceite de oliva*"<sup>47</sup>. Según la doctrina de la DGT<sup>48</sup>, resultaría relevante para determinar la naturaleza a efectos fiscales de tales contratos de futuro el hecho de que el objeto de los mismos esté constituido por un subyacente no financiero, si dicho subyacente no constituye una simple cláusula de indexación y las Condiciones Generales del contrato establecen que la liquidación a su vencimiento da lugar a la efectiva realización del contrato de compraventa del bien sobre el que recaen. Para la DGT la cuestión determinante de la calificación de la operación y de la procedencia o no de la exención por el IVA de estas operaciones, estaría constituida por los efectos que la misma producían entre las partes, y no por el hecho de concertarse en un mercado organizado, de forma que cuando el contrato excluye la entrega de los bienes subyacentes, por constituir éstos una mera cláusula de indexación, la operación se calificaría de prestación de servicios, sujeta pero exenta de IVA por considerarse incluida en el artículo 20.Uno.18º de la Ley 37/1992. En función de ello, si se dieran los requisitos señalados, mientras las operaciones con derechos de emisión estarían sujetas al IVA y no exentas, las operaciones con futuros que tuvieran como activo subyacente los derechos de emisión estarían sujetas al IVA pero exentas, lo que permitiría participar en el mercado de derechos a

<sup>47</sup> Rosembuj González-Capitel F, "El mercado financiero de derivados de derechos de emisión. *Revista interdisciplinar de gestión ambiental*, junio 2004. p.33.

<sup>48</sup> Resoluciones 7/2006 de 27 de febrero. Aranzadi JUR 2006/103460, 268 y 269/2005 de 19 de octubre JUR 2005\250843 y 250853, 117/2005, de 17 de abril JT 2005/530, entre otras.

los inversores no sujetos pasivos del IVA sin tener que soportar el coste fiscal que supone la adquisición del subyacente. Resultaría, en función de ello, más neutro desde el punto de vista fiscal el calificar de exentas tanto las operaciones con futuros como las operaciones con el subyacente.

De manera paralela, por lo que se refiere a los contratos de opción de compra o venta de derechos de emisión, puede citarse la resolución de la Dirección General de Tributos núm. 17672005, de 29 de abril<sup>49</sup>, referida a contratos de opción de compra o venta de energía eléctrica<sup>50</sup>.

En definitiva, en la medida en que los derechos de emisión no sean considerados valores a efectos de la exención en el IVA, sólo las operaciones con derivados que tengan por objeto un índice de precios de mercado de los mismos y excluyan la transmisión de los derechos, serán consideradas operaciones financieras exentas de IVA en virtud del artículo 20.Uno.18º de la Ley 37/1992. Cabe plantearse la posibilidad, con la finalidad de no impedir el funcionamiento del mercado de opciones y futuros sobre derechos de emisión, en la medida en que dichos derivados no sean considerados valores, de aplicar al mismo un régimen similar al régimen suspensivo de depósito distinto del aduanero establecido por la Ley 4271994, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, para el mercado de futuros y opciones sobre cítricos<sup>51</sup>. La aplicación del citado régimen suspensivo supondría la exención<sup>52</sup> de las transmisiones de derechos de emisión destinados a ser vinculados al referido régimen de depósito y las prestaciones de servicios relacionadas directamente con dichas entregas. La exención no alcanzaría a las prestaciones de servicios que den lugar a la transmisión efectiva de los derechos objeto del contrato del adquirente, entendiéndose que en el citado momento de la transmisión se desvinculan los derechos del régimen suspensivo y se produce la transmisión de los derechos. No obstante, la consideración de la transmisión de los derechos de emisión, considerados bienes inmateriales, como prestación de servicios y no como entrega de bienes, impediría la aplicación de dicho régimen, previsto para un subyacente, los cítricos, que constituye un bien material.

Como “cesión de un bien incorporal representado o no por un título” (art. 6.1 de la sexta Directiva), la adquisición de los derechos de emisión parecería llamada a tribu-

<sup>49</sup> Aranzadi Jur 2005/119965

<sup>50</sup> “ha de entenderse el contrato de opción como distinto del contrato de compraventa a que puede dar lugar, ya que no implica por sí mismo la entrega del bien subyacente sobre el que versa, sino la concesión de un derecho al optante para realizar o no un posterior contrato de compraventa preconfigurado en la opción. Partiendo de que el contenido de la opción es el derecho que tiene el optante de decidir o no la realización de una compraventa, su calificación a efectos del Impuesto sobre el Valor Añadido sería la de prestación de servicios, plenamente sujeta y sin que, resulten aplicables las exenciones propias de las operaciones financieras, ya que ni el subyacente de la opción es un activo financiero ni tiene tampoco por objeto un índice de precios de mercado de un subyacente no financiero, sino que es la propia compraventa del bien lo que constituye el objeto de la opción”.

<sup>51</sup> Esteban Paúl A., “Tributación de los productos financieros derivados”. *Crónica Tributaria*. Núm.107. 2003. pp.48 y 49.

<sup>52</sup> Art.65 Ley 37/1992.

tar en el Estado de la sede o establecimiento permanente del empresario que presta el mismo (art. 9.1 de la Sexta Directiva)<sup>53</sup>. Franco y Herrera<sup>54</sup> proponían, de lege ferenda, la modificación de la calificación de la adquisición de los permisos de emisiones de prestación de servicios a “entrega de bienes”; la razón no sería otra que evitar que, como tal prestación de servicios, tribute en origen, evitando con ello las distorsiones que provoca la ventaja, aunque sea meramente financiera al no soportar el IVA el empresario de forma definitiva, que supone adquirirlos en un estado con tipos de IVA más bajos. La distorsión en este caso supone un mayor incentivo para los vendedores de permisos de emisiones, que obtienen una mayor proporción del precio final al que los venden y un correlativo menor desincentivo para los adquirentes que, como señalan Franco y Herrera, de otro modo estarían dispuestos a incurrir en otros gastos para reducir sus emisiones. En términos de la finalidad última de reducción global de emisiones propia del instrumento, ambos efectos, de mayor incentivo de la menor emisión y menor desincentivo de la mayor emisión, se contrarrestarían, en principio, el uno al otro.

Sobre dicha cuestión se ha pronunciado la Subdirección General de Impuestos sobre el Consumo, siguiendo el criterio contenido en la orientación no vinculante emitida por el Comité Consultivo Europeo sobre IVA<sup>55</sup>: “*La transmisión de permisos de emisión de gases de efecto invernadero descritos en el Art.12 de la Directiva 2003/87/EC del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de octubre de 2003, cuando es realizada por un sujeto pasivo es una prestación de servicios sujeta que cae dentro del ámbito del Art.9.2 e) de la Directiva 77/388/EEC.*”<sup>56</sup>. Las contestaciones a las consultas<sup>57</sup>, planteadas por una entidad que agrupa a las entidades que forman parte del sector eléctrico y por entidades que operan con derechos de emisión, se pronuncian sobre el lugar de realización, a efectos de IVA, de las operaciones de compraventa de derechos de emisión. Según dicho centro directivo, en aplicación de las reglas para la determinación del lugar de realización de las prestaciones de servicios contenidas en los artículos 69 y 70 de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido, el lugar de realización de dichas operaciones no se determinaría en aplicación de la regla general contenida en el artículo 69 de la ley, según la cual la prestación del servicio ha de entenderse realizada en el territorio de aplicación del impuesto cuando el prestador de los mismos tenga situada en dicho territorio la sede de su actividad económi-

<sup>53</sup> G. Franco Y. y Herrera Molina. P, op. cit. p.62. Bilbao Estrada I. Y Mateos Ansótegui A., “Régimen...” cit. p.38.

<sup>54</sup> p.62

<sup>55</sup> Document TAXUD/1625/04 Rev.1 - Working paper nº 443 Rev.1).

<sup>56</sup> *The transfer of greenhouse gas emission Allowances as described in Article 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 Article 9(2)(e) of Directive 77/388/EEC. None of the exemptions provided for in Article 13 of Directive 77/388/EEC can be applied to these transfers of Allowances.*

<sup>57</sup> Res. DGT núm. 1335/2006, de 5 julio, Res. DGT núm. 1396/2006, de 7 julio y Res. DGT núm. 2587/2006, de 27 diciembre.

ca, sino en aplicación de una de las reglas especiales contenidas en el artículo 70 de la misma, sin que sea procedente en modo alguno, en función de ello, acudir a la regla general del artículo 69 con carácter subsidiario. La regla especial que, de acuerdo con dicho centro directivo sería de aplicación, es la contenida en el artículo 70.uno, número 5º de la Ley del Impuesto para los servicios consistentes en cesiones y concesiones de derechos de autor, patentes, licencias, marcas de fábrica o comerciales y los demás derechos de propiedad intelectual o industrial, así como cualesquiera otros derechos similares. En función de ello, la entrega de los referidos derechos por un empresario o profesional constituirá una prestación de servicios que estará sujeta al Impuesto cuando concurra lo dispuesto por las letras a) o b) del artículo 70.uno.5º.A.

Según el autor del informe finlandés sobre el marco legal para el comercio de emisiones en la Unión Europea<sup>58</sup> el art.92.2.e) tiene dos categorías de servicios que podrían ser aplicadas a los permisos de emisión, sin que resulte claro cuál es el fundamento que ha tomado el Comité Consultivo para la aplicación de dicho precepto: El párrafo 1: “-las cesiones y concesiones de derechos de autor, patentes, licencias, marcas de fábrica y comerciales y otros derechos similares” y el Párrafo 5: “- las operaciones bancarias, financieras y de seguro, incluidas las de reaseguro, a excepción del alquiler de cajas de seguridad”. Mientras que, al igual que España, Finlandia y Alemania se inclinan de forma clara por fundamentarla en el párrafo primero, en Suecia resulta claro, puesto que dicho país trata a los derechos de emisión como títulos valores cuya transmisión está exenta del IVA, que la regla de inversión del sujeto pasivo es aplicada sobre la base del párrafo 5<sup>59</sup>. En el Reino Unido, en cambio, no se aclara cuál es la base legal para aplicar dicha regla<sup>60</sup>.

Resulta, a nuestro modo de ver, completamente discutible la calificación efectuada por la Subdirección General de los derechos de emisión como un derecho similar a los derechos de propiedad intelectual o industrial. Pueden considerarse similares a la cesión o concesión de tales derechos la adquisición de un nombre de dominio de Internet<sup>61</sup> o la adquisición de los derechos federativos de un jugador de fútbol<sup>62</sup>; la transmisión de los derechos de emisión está en una órbita jurídica, la de la transmisión de títulos administrativos<sup>63</sup> -concesiones, licencias o autorizaciones- que muy poco tiene que ver con la de los derechos de la propiedad intelectual o industrial. Así lo consideran Franco y Herrera<sup>64</sup>, quienes subrayan la tendencia del Tribunal a

<sup>58</sup> “Overview Report: Legal Frameworks for Emissions Trading in the European Union” 2006. akseli.tekes.fi/.../julkaisut/Projektiaineistot/2005/Raportit. p.10.

<sup>59</sup> Op. ult.cit. loc. cit.

<sup>60</sup> Puede consultarse, a este respecto, el Business Brief emitido por el HM Custom and Exice el 25 de octubre del 2004, BB 28/04 : 25 October 2004

<sup>61</sup> Res. DGT núm. 503/1999, de 12 abril.

<sup>62</sup> Res. DGT núm. 658/2004, de 17 marzo.

<sup>63</sup> Esteve Pardo J., “El mercado de títulos administrativos”, en *Estudios de Derecho Público Económico. Libro homenaje al Prof.Dr. D. Sebastián Martín Retortillo*, Cívitas. Madrid. 2003.

<sup>64</sup> Op. Cit. p.62.

interpretar de modo estricto las reglas especiales, como lo es la contenida en el art. 9.2. 3) de la Sexta Directiva.

Tal y como afirma Sanz Rubiales, para quien el mercado de derechos de emisión tendría, como punto de referencia inexcusable el comercio de títulos sobre el dominio público, aunque la atmósfera no esté configurada legalmente en España como un bien de dominio público, sino como *res communis omnium*<sup>65</sup>. De la misma opinión es Martín Zamora<sup>66</sup>, quien considera que la naturaleza de los derechos de emisión presenta similitudes con las concesiones administrativas, por tratarse de un derecho de explotación otorgado por el Estado; aunque considera oportuno crear una partida propia para su contabilización, con el objetivo de alcanzar una mayor transparencia en la información y una imagen más fiel del patrimonio de la empresa, dados los relevantes cambios en su importe y las importantes repercusiones económicas que pueden derivarse de su gestión<sup>67</sup>.

Por lo que se refiere a la asignación inicial de los derechos de emisión, la DGT la considera no sujeta al impuesto en virtud de lo establecido por la Ley 37/1992, en su artículo 7.8<sup>68</sup>, que dispone la no sujeción de las siguientes operaciones: *“Las entregas de bienes y prestaciones de servicios realizadas directamente por los Entes públicos sin contraprestación o mediante contraprestación de naturaleza tributaria.*

*Lo dispuesto en el párrafo anterior no se aplicará cuando los referidos Entes actúen por medio de empresa pública, privada, mixta o, en general, de empresas mercantiles.*

*En todo caso, estarán sujetas al Impuesto las entregas de bienes y prestaciones de servicios que los Entes públicos realicen en el ejercicio de las actividades que a continuación se relacionan<sup>69</sup>”.*

---

<sup>65</sup> Sanz Rubiales, I. “Una aproximación al nuevo mercado de derechos de emisión de gases de efecto invernadero”, REDA núm.125, 2005. pp.35-39.

<sup>66</sup> Martín Zamora M. P. “La contabilidad del mercado de emisiones de CO2. Consecuencias del protocolo de Kyoto”, *Técnica Contable*. Núm. . 2005. p.29

<sup>67</sup> No obstante, convendría subrayar, según puntualiza Fortes<sup>68</sup>, que *“las instalaciones participantes en el sistema comunitario de comercio de emisiones de dióxido de carbono han de obtener una autorización de emisión de (...) dióxido de carbono. Es esta autorización la que expresa a su vez los límites de emisión en forma de derechos de emisión. Por tanto, los derechos de emisión, que constituyen el objeto de comercio, se encuentran expresados en una autorización de emisión. (...) Mientras que la autorización o permiso de emisión, que es privativa de una instalación industrial, no representa más que el soporte de esos mismos derechos de emisión intercambiables desplegando, por tanto y a priori, la funcionalidad tradicional de la autorización administrativa, y sin que en ningún momento pueda llegar a afirmarse en consecuencia que el permiso sea aquello con lo que se negocia...”*.

<sup>68</sup> El Art.4.5 de la Sexta Directiva dispone en su número 5 :“ *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 que desarrollen en el ejercicio de sus funciones 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 como sujetos pasivos en cuanto a dichas actividades u operaciones, en la medida en que el hecho de no considerarlos sujetos pasivos lleve a distorsiones graves de la competencia”.*

<sup>69</sup> a) Telecomunicaciones.

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

c) Transportes de personas y bienes.

Para la DGT<sup>70</sup>, los requisitos que han de concurrir para la aplicación del supuesto de no sujeción serían los siguientes:

*“1º Las entregas de bienes o prestaciones de servicios han de ser realizadas por entes u organismos de derecho público.*

*2º La entrega de bienes o prestación de servicios controvertida ha de realizarse en el ejercicio de una función pública, esto es, que el Ente público actúe en su calidad de sujeto de Derecho público.*

*La aplicación conjunta de ambos requisitos a la actividad de las Administraciones públicas, permite aislar la parte de la misma que, por su marcado carácter no empresarial, resulta ajena al Impuesto.*

*A estos efectos, han de valorarse los siguientes extremos:*

- a) Desde un punto de vista estrictamente jurídico, del total de actuaciones realizadas por la Administración habrían de excluirse las situadas al margen del Derecho administrativo.*
- b) En segundo lugar, si la función desarrollada por un Ente o Administración pública se ejerce en competencia con los particulares y el hecho de declararla no sujeta puede dar lugar a distorsiones graves de la competencia, habría de concluirse la sujeción de la misma.*
- c) Finalmente, la actividad desarrollada habrá de ser distinta de las contenidas en el artículo 7.8º como correlato del Anexo D de la Sexta Directiva. Para cualquiera de ellas, el legislador ha decidido su sujeción en todo caso en atención a su marcado carácter económico”.*

De acuerdo con ello, el citado centro directivo ha concluido que *“la asignación inicial y gratuita de derechos de emisión en cumplimiento de lo dispuesto por la Ley 1/2005, de 9 de marzo, por la que se regula el régimen de comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero a través del Plan Nacional de Asignación, constituye una prestación*

d) 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 9º siguiente.

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

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

g) Explotación de ferias y de exposiciones de carácter comercial.

h) Almacenaje y depósito.

i) Las de oficinas comerciales de publicidad.

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

k) Las de agencias de viajes.

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

m) Las de matadero”

<sup>70</sup> Resoluciones Dirección General de Tributos núm. 2587/2006, de 27 diciembre, Aranzadi JUR 2007\ 51612 y núm. 1335/2006, de 5 julio, Aranzadi JUR 2006\ 234577.

de servicios no sujeta al Impuesto al concurrir las condiciones mencionadas en los párrafos precedentes.

*En los mismos términos, la conversión gratuita en derechos de emisión de las unidades de reducción de emisiones expedidas por países terceros en los que se hayan llevado a cabo los denominados mecanismos de aplicación conjunta y desarrollo limpio no constituirá una operación sujeta al Impuesto”.*

Tal y como ha tenido ocasión de afirmar el TJCE en su sentencia de 26 de marzo de 1987, Comisión contra países Bajos, Asunto C-235/85<sup>71</sup>: “24 *Procede pues responder a la segunda cuestión que el párrafo 2 del apartado 5 del artículo 4 de la Sexta Directiva debe interpretarse en el sentido de que los Estados miembros están obligados a considerar sujetos pasivos del IVA a los organismos de Derecho público en cuanto a las actividades que desarrollan en el ejercicio de sus funciones públicas cuando estas actividades pueden ser ejercidas igualmente, en competencia con ellos, por particulares, si el hecho de no considerarlos sujetos pasivos pudiera dar lugar a distorsiones graves de la competencia, pero no están obligados a adaptar literalmente su Derecho nacional a este criterio ni a precisar los límites cuantitativos de la no imposición”.*

Aunque, evidentemente, ningún particular concurre con el Estado en la asignación inicial de los derechos de emisión, y la misma es realizada a través del Real Decreto por el que se aprueba el Plan Nacional de Asignación de derechos de emisión de gases de efecto invernadero; cabe preguntarse si dicha asignación inicial por parte del Estado entraría en concurrencia con las ulteriores transmisiones de derechos de emisión realizadas por los empresarios. En opinión de Bilbao Estrada y Rodríguez Márquez, existirían “dos mercados diferentes de los derechos de emisión. De un lado, el mercado primario, monopolio público, limitado, sujeto a regulación y, en la actualidad, mayoritariamente gratuito. De otro lado, el mercado secundario, abierto a particulares y en el que la transmisión de aquéllos sí puede constituir una actividad empresarial sujeta al impuesto. Pero el primero de tales mercados no se confunde y compite con el segundo, sino que operan en planos diferentes”<sup>72</sup>. En opinión de Herrera y Franco sí se producirían distorsiones graves de la competencia “si, una vez en circulación los permisos, se emitiera un volumen significativo de nuevos títulos, en especial si tal operación se realizare por debajo de los precios de mercado”<sup>73</sup>.

Si la asignación inicial se realizara vía subasta, la situación sería diferente. Desde el punto de vista de los adquirentes de los derechos de emisión, quienes los percibirían a través de la asignación inicial por parte del Estado no soportaría el impuesto, mientras que el que los adquieran de otros empresarios o profesionales sí lo habría de soportar, con el consiguiente coste adicional. Los empresarios que enajenen los dere-

<sup>71</sup> STJCE Luxemburgo (Pleno) de 17 octubre 1989. Aranzadi TJCE 1990\38.

<sup>72</sup> Bilbao Estrada I. y Rodríguez Márquez J., IVA y derechos de emisión: especial referencia a su utilización como instrumento de fraude. En *Crónica Tributaria*. Núm.136/2010. pp.55-56

<sup>73</sup> Op. cit. p.62.

chos están obligados a repercutir e ingresar el IVA correspondiente, obligación a la que no estaría sometido el Estado de no considerarse sujeta la asignación inicial. Si bien el IVA es, en principio, deducible, con lo que la situación con respecto al adquirente por vía de asignación sería más neutra; podría no ser deducible total o parcialmente, por ejemplo por aplicación de la prorrata de deducción, con lo que el empresario estaría soportando mayores costes al adquirirlo del Estado, que competiría en el mercado de los derechos de emisión a través de la asignación inicial vía subasta<sup>74</sup>.

De haberse considerado aplicable a la asignación inicial el supuesto de no sujeción previsto en el Art.7.9º de la Ley del Impuesto: “*Las concesiones y autorizaciones administrativas*”; establecido en razón de la ausencia de carácter empresarial o profesional de dicha actividad, que a nuestro modo de ver es más conforme con la naturaleza jurídica de la asignación de los derechos de emisión por parte del Estado, y dado que ésta no se encuentra entre las exceptuadas en dicho precepto<sup>75</sup>; las dudas acerca de la concurrencia entre el Estado y los particulares en la prestación del servicio dejarían de ser relevantes a efectos de determinar si está incluida entre las no sujetas. Por otra parte, tal y como señala la DGT “*El referido supuesto de no sujeción resulta aplicable al otorgamiento de concesiones e o autorizaciones administrativas por los entes públicos que las efectúen, por no considerarse realizadas en el desarrollo por parte del ente público de una actividad empresarial o profesional, pero no resulta aplicable a las ulteriores transmisiones de dichas concesiones que los primeros adjudicatarios de las mismas realicen*”.<sup>76</sup>

El considerar no sujeta la asignación inicial de derechos de emisión por parte del Estado en cumplimiento de lo dispuesto por la Ley 1/2005, deja abierto el problema de la eventual sujeción de las asignaciones iniciales por parte del Estado no gratuitas, onerosas por tanto, al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales. El art.7.1 A) del texto refundido sujeta al impuesto “*Las transmisiones onerosas por actos ‘inter vivos’ de toda clase de bienes o derechos que integren el patrimonio de las personas físicas o jurídicas*”, sin que, al no considerarse sujetas al Impuesto sobre el Valor Añadido, estén comprendidas en el supuesto de no sujeción previsto en el número 5 del mismo precepto como “*realizadas por empresarios o profesionales en el ejercicio de su actividad empresarial y profesional y, en cualquier caso, cuando constituyan entregas de bienes o prestaciones de servicios sujetas al Impuesto sobre el Valor Añadido*”, ni pueda el adquirente beneficiarse de la exención de carácter subjetivo establecida en el art.45 I. A) para “*El Estado y las administraciones públicas territoriales e institucionales y sus establecimientos de beneficencia, cultura, Seguridad Social, docentes o de fines científicos*”.

<sup>74</sup> Sánchez Gallardo F., (Dir. y Coord). “Guía del Impuesto sobre el Valor Añadido”. CISS. p.142.

<sup>75</sup> “a) *Las que tengan por objeto la cesión del derecho a utilizar el dominio público portuario.*

b) *Las que tengan por objeto la cesión de los inmuebles e instalaciones en aeropuertos.*

c) *Las que tengan por objeto la cesión del derecho a utilizar infraestructuras ferroviarias.*

d) *Las autorizaciones para la prestación de servicios al público y para el desarrollo de actividades comerciales o industriales en el ámbito portuario”.*

<sup>76</sup> Resolución núm. 71/2002 de 26 diciembre. Aranzadi. JUR 2003\24384.

De conformidad con lo establecido en el art. 10<sup>77</sup> “Método de asignación” de la Directiva 2003/87/CE, de 13 octubre<sup>78</sup> El Artículo 16. de la Ley 1/2005, de 9 marzo, relativo al “Método de asignación”, establece en su número 2 que “El 90 por 100 de los derechos correspondientes al período de cinco años que se inicia el 1 de enero de 2008 se asignará de forma gratuita, asignándose el 10 por 100 restante de acuerdo con lo que se establezca en el correspondiente Plan Nacional de asignación y considerando la necesaria competitividad de la industria española”, lo que en el Real Decreto 1370/2006, de 24 noviembre, por el que se aprueba el Plan Nacional de Asignación de derechos de emisión de gases de efecto invernadero, 2008-2012 se ha traducido en la siguiente disposición : “Subasta: No se aplicará subasta en el período 2008-2012, salvo que, en su caso, se decida subastar un eventual remanente de derechos procedentes de la reserva para nuevos entrantes”. En función lo cual, en el caso en que, de producirse un remanente de derechos procedentes de la reserva de nuevos entrantes, “se decida” subastar el mismo, los adquirentes quedarían sujetos al ITP y no exentos del mismo; con lo que, además de tener que satisfacer al Estado una cantidad por la adquisición de unos derechos de emisión que el Estado asignó inicialmente de forma gratuita, deberían hacer frente tanto a un pago adicional en concepto de cuota del ITP como a las obligaciones formales inherentes al tributo, de acuerdo con lo regulado por la Comunidad Autónoma. Teniendo además presente que, tal y como dispone el Art.54.1 del Texto refundido: “Ningún documento que contenga actos o contratos sujetos a este impuesto se admitirá ni surtirá efecto en Oficina o Registro Público sin que se justifique el pago, exención o no sujeción a aquél, salvo lo previsto en la legislación hipotecaria”, no debería inscribirse en el RENADE dicha transmisión, en tanto no se justificara el pago del tributo.

Las entregas de los derechos de emisión para cumplir con la obligación prevista en el Art.27.2 de la Ley 463/2005: “2. Antes del 30 de abril de cada año, los titulares de las instalaciones o los administradores fiduciarios deberán entregar un número de derechos de emisión equivalente al dato de emisiones verificadas inscrito de conformidad con lo dispuesto en el artículo 23”, no constituyen, a nuestro juicio, prestaciones de servicios sujetas al impuesto. Aún siendo realizadas por empresarios en el desarrollo de su actividad empresarial y profesional en el ámbito de aplicación del impuesto, no son realizadas a título oneroso, con lo que quedarían fuera de la definición del hecho imponible del Art.4 Uno de la Ley del Impuesto. No es necesario para su consideración como no sujetas, a nuestro modo de ver, entenderlas comprendidas, tal y como apuntan Bilbao y Mateos<sup>79</sup>, entre las entre las previstas en el Art.7.10<sup>o</sup> de la Ley del IVA como operaciones no sujetas: “10. Las prestaciones de servicios a título gratuito a

---

<sup>77</sup> “Para el período de tres años que comenzará el 1 de enero de 2005 los Estados miembros asignarán gratuitamente al menos el 95 % de los derechos de emisión. Para el período de cinco años que comenzará el 1 de enero de 2008, los Estados miembros asignarán gratuitamente al menos el 90 % de los derechos de emisión”

<sup>78</sup> DOL 13 octubre 2003, núm. 275

<sup>79</sup> Op. cit. p.39.

que se refiere el artículo 12, número 3º de esta Ley que sean obligatorias para el sujeto pasivo en virtud de normas jurídicas o convenios colectivos, incluso los servicios telegráficos y telefónicos prestados en régimen de franquicia”. Dicho supuesto de no sujeción se establece como excepción a la asimilación de los autoconsumos de servicios a las prestaciones de servicios a título oneroso que el realiza el Art.12 de la Ley. Entre estos, el Art.12.3, en su redacción vigente hasta el 30 del 11 del 2006, incluye “las siguientes operaciones realizadas sin contraprestación: (...) 3º Las demás prestaciones de servicios efectuadas a título gratuito por el sujeto pasivo no mencionadas en los números anteriores de este artículo”. Con dicha redacción pudiera parecer que toda prestación de servicios a título gratuito realizada por un empresario en el desarrollo de su actividad empresarial estaría asimilada a las prestaciones de servicios realizadas a título oneroso y, en función de ello, sujeta al impuesto; salvo, precisamente, las que, como la que nos ocupa “sean obligatorias para el sujeto pasivo en virtud de normas jurídicas”. En realidad, tal y como y como dispone la Sexta Directiva en su Art.6 apartado 2. B) “Se asimilarán a las prestaciones de servicios a título oneroso: (...) b) las prestaciones de servicios a título gratuito efectuadas por el sujeto pasivo para sus necesidades privadas o para las de su personal o, más generalmente, para fines ajenos a su empresa”. El Art.3 de la Ley 36/2006, de 29 noviembre<sup>80</sup>, vigente desde el 1 de diciembre del 2006, corrige la redacción del precepto español y lo ajusta mejor al contenido de la Directiva al añadir al mismo lo siguiente: “siempre que se realicen para fines ajenos a los de la actividad empresarial o profesional”. No es éste el caso de las entregas de derechos de emisión que, claramente, se utilizan para un fin propio de la empresa. No constituyen, por tanto, autoconsumo de servicios asimilados a las prestaciones onerosas de los mismos y, en consecuencia, no están sujetas al impuesto como tales.

### III. El mercado de derechos de emisión de CO<sub>2</sub> y el Impuesto sobre Sociedades

En ausencia de un tratamiento específico en la normativa reguladora del Impuesto de Sociedades de las operaciones relativas a los derechos de emisión, es la regulación contable relativa a las mismas la que determina cuál es su efecto en el resultado de las empresas que las realicen y, en consecuencia, en el Impuesto que grava dicho resultado. El regulador contable español, en concreto el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas sí que ha adoptado, a diferencia del fiscal, una regulación específica para la contabilización de dichas operaciones en la Resolución de 8 de febrero de 2006, por la que se aprueban normas para el registro, valoración e información de los derechos de emisión de gases de efecto invernadero<sup>81</sup>. En la misma se desarrollan los aspectos relativos al tratamiento contable de los derechos de emisión,

<sup>80</sup> BOE 30 noviembre 2006, núm. 286.

<sup>81</sup> <http://www.icac.meh.es/consultas/derechoemision.htm>

a que se refiere 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. La misma, en virtud de lo establecido en el Real Decreto 1643/1990, de 20 de diciembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad, en su disposición final quinta, constituye una norma de obligado cumplimiento en desarrollo de las normas de valoración del Plan General de Contabilidad. A través de dicha Resolución, el ICAC se ha pronunciado, con carácter vinculante, acerca de diversas dudas sobre el tratamiento contable que procede otorgar a alguna de las operaciones que caracterizan el régimen jurídico de comercio de los derechos de emisión. En particular, el mecanismo de asignación gratuita y la exigencia de entrega de los derechos de emisión equivalentes a las emisiones de gases realizadas en el ejercicio precedente; dudas que, según se señala en dicha Resolución, han suscitado, tanto en el ámbito nacional<sup>82</sup> como internacional, debates sobre el reflejo que ha de darse en las cuentas anuales a esta operativa específica y ciertamente novedosa.

Aunque el ICAC mostró su conformidad con distintos aspectos contenidos en la Interpretación sobre los derechos de emisión por parte del Comité de Interpretación de las Normas Internacionales de Información Financiera (IFRIC) de diciembre del 2004; en particular, en relación con la consideración como activos de los citados derechos, el reflejo como subvención de los diferenciales entre el valor de los derechos y la contraprestación, en su caso, exigida por los mismos, así como respecto al reflejo como pasivos de las obligaciones derivadas de la emisión de gases de efecto invernadero<sup>83</sup>; la retirada de la misma, en junio de 2005 ante las críticas recibidas y la opinión negativa que sobre la interpretación emitió el órgano de carácter técnico asesor (EFRAG) en el proceso de adopción de las normas e interpretaciones internacionales como Reglamentos de la Comisión Europea, llevó al ICAC a desarrollar dentro de la normativa contable interna el tratamiento contable de los aspectos relacionados con el registro, valoración e información a incluir en las cuentas anuales sobre los derechos de emisión.

El ámbito de aplicación de la Resolución del ICAC, establecido en la norma primera de la misma, incluye a todas las empresas a las que se les hayan adjudicado derechos de emisión de gases de efecto invernadero, a través de la figura del Plan Nacional de asignación de acuerdo con lo previsto en la Ley 1/2005, que formulen sus cuentas anuales de acuerdo con los principios y criterios recogidos en el Código de Comercio y normativa de desarrollo; es decir, a todas las cuentas anuales individuales, así como a las cuentas anuales consolidadas correspondientes a grupos en los que ninguna de las

<sup>82</sup> Sobre el tratamiento contable de acuerdo con el PGC, antes de la adopción de la Resolución del ICAC, Martín Zamora, M. P., "La contabilidad...". cit. *Técnica Contable*. núm. 680. 2005. pp.5-35 y López Gordo M., y López Gordo, J. F., "Pautas generales de funcionamiento del MEDE. Análisis desde una perspectiva contable. *Estudios Financieros. Revista de Contabilidad y Tributación*. núm.263. 2005. pp.174-188.

<sup>83</sup> Sobre la propuesta del IFRIC, López Gordo M., y López Gordo, J. F., "Pautas..." cit. pp.170-174 Bilbao Estrada I., y Mateos Ansótegui A. I. "El impuesto sobre Sociedades y los derechos de Emisión de gases de efecto invernadero" *Revista de Contabilidad y Tributación*. núm.285. Diciembre 2006. pp.104-106.

sociedades tenga, a cierre de ejercicio, valores admitidos a cotización en un mercado regulado y no hayan optado por la aplicación de las Normas Internacionales de Información Financiera adoptadas mediante Reglamentos de la Comisión Europea.

Por lo tanto, quedan fuera de dicho ámbito de aplicación, al no formular sus cuentas anuales de acuerdo con los principios y criterios recogidos en el Código de Comercio y normativa de desarrollo, las cuentas anuales consolidadas correspondientes a grupos en los que alguna de las sociedades tenga, a cierre de ejercicio, valores admitidos a cotización en un mercado regulado y las correspondientes a grupos que, pese a no comprender ninguna sociedad que tenga, a cierre de ejercicio, valores admitidos a cotización en un mercado regulado, hayan optado por la aplicación de las Normas Internacionales de Información Financiera adoptadas mediante Reglamentos de la Comisión Europea. También quedan fuera del ámbito de aplicación de la Resolución, por disponerlos así su norma Primera, las empresas que adquieran y enajenen en el mercado derechos de emisión sin estar entre aquellas a las que se hayan adjudicado derechos de emisión a través de un Plan Nacional de asignación.

La norma segunda de la Resolución incorpora las definiciones de conceptos, tanto de índole estrictamente contable como de otros conceptos sustantivos propios de la regulación del comercio de derechos de emisión, que se utilizan en la misma, tales como el de “derecho de emisión”, “reducción certificada de las emisiones” y “unidad de reducción de las emisiones”. Particular relevancia tiene la definición de “valor venal de los derechos de emisión”; precio que se presume estaría dispuesto a pagar un adquirente eventual teniendo en cuenta el estado y lugar en que éste se encuentre; según dicha norma, el valor venal “se apreciará en función de la situación de la empresa y, generalmente, bajo la hipótesis de continuidad de la explotación del bien o derecho. En el caso de los derechos de emisión, su valor venal será, con carácter general, el valor de mercado”.

La norma tercera de la Resolución recoge los criterios de registro y calificación de los derechos de emisión que se incorporen al patrimonio de la empresa, así como los motivos de baja de balance de éstos. Según dispone “Los derechos de emisión se registrarán en el balance cuando nazcan para la empresa los derechos que los originan, ya sean:

a) transferidos a la cuenta de haberes de la empresa en el Registro nacional de derechos de emisión que le correspondan, de acuerdo con la distribución temporal establecida en la Resolución que determina los derechos de emisión asignados a cada instalación o grupo de instalaciones dentro del Plan Nacional de asignación. En particular, en este caso, se entenderá que nace el derecho al comienzo del año natural al cual correspondan.

b) adquiridos o generados por la empresa (...)

3 Los derechos de emisión se darán de baja de balance con ocasión de su transmisión a terceros, entrega o caducidad de los mismos”.

A nuestro modo de ver, y tal y como ya se ha señalado, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 1/2005 y el RD 1264/2005, tanto el momento en que cabe enten-

derse producida la asignación inicial de dichos derechos como el de su adquisición, generación, transmisión a terceros, entrega o cancelación, se deberá entender producido en todos los casos -no sólo en el de asignación inicial, como pudiera quizá entenderse de lo dispuesto por esta norma tercera- en el momento en dichas operaciones son inscritas en el RENADE, puesto que dicha inscripción tiene, a nuestro juicio, carácter constitutivo según disponen los ya citados Art.20.5 de la Ley 1/2005, y Art.13.1 del RD 1264/2005.

Por lo que se refiere al registro de los derechos de emisión la Resolución se decanta por su reflejo en balance como inmovilizados inmateriales: *“Los derechos de emisión figurarán en el epígrafe B.II Inmovilizaciones inmateriales del activo del balance, creándose una partida específica con la denominación “Derechos de emisión de gases de efecto invernadero”*. Dicha cuenta recogerá todos los derechos de emisión de gases de efecto invernadero poseídos por la empresa, tanto en virtud de un Plan Nacional de asignación como por adquisición o generación. Se cargará bien por el valor venal de los derechos de emisión de gases de efecto invernadero recibidos gratuitamente, en particular a través de un Plan Nacional de asignación, con abono, generalmente, a cuentas del subgrupo 13, bien por el precio de adquisición o el coste de producción, con abono, generalmente, a cuentas del subgrupo 57 o a la cuenta 731. Se abonará por la entrega a la Administración, con cargo a la cuenta 149; por las enajenaciones y en general por la baja de balance, con cargo, generalmente, a cuentas del subgrupo 57 y en caso de pérdidas a la cuenta 670.

Por lo que se refiere a la segunda cuestión; si la incorporación al patrimonio empresarial de los derechos de emisión se produce por la asignación atribuida en el Plan Nacional, con un carácter plurianual o, por el contrario, sólo se materializa año a año a través de la transferencia recibida; el criterio especificado en la norma tercera de la Resolución, es este último, estableciéndose específicamente que se entienden incorporados al patrimonio de la empresa al comienzo del ejercicio natural al cual corresponden. Lo que, nuevamente, resulta conforme con lo establecido en la Ley 1/2005 en su Art.19.5 y en su Art.26.2 en lo referente a la asignación de los derechos: *“el registro transferirá de la cuenta de haberes de la Administración General del Estado a la del titular de cada instalación o a la del administrador fiduciario de cada agrupación los derechos que le correspondan de acuerdo con la distribución temporal establecida en la resolución a la que se refiere el artículo 19.5”* y con el ya referido carácter constitutivo de la inscripción en el registro.

Por lo tanto, sólo se contabilizarán con cargo una cuenta del grupo 13 “Ingresos para distribuir en varios ejercicios” como “Inmovilizado Inmaterial” en la cuenta 216. “Derechos de emisión de gases de efecto invernadero”<sup>84</sup> los derechos que se hayan transferido efectivamente a la cuenta de haberes de la empresa, que serán los

<sup>84</sup> Si se utiliza la cuenta que la norma décima describe para que con carácter voluntario, en los términos previstos en el artículo 2 del Real Decreto 1643/1990, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad, pueda ser empleadas con objeto de facilitar el registro de las operaciones que se recogen en la Resolución.

correspondientes a la parte proporcional de los derechos asignados para cada año de vigencia del Plan Nacional de Asignación. La empresa no puede abonar dicha cuenta por el importe de los derechos correspondientes a los años posteriores del mismo Plan. No obstante, la empresa tiene la posibilidad de utilizar los derechos de emisión correspondientes al año en curso, una vez abonados a dicha cuenta tras su transferencia a su cuenta de haberes del RENADE, dado que la misma se producirá antes del 28 de febrero, para hacer frente a las obligaciones de entrega de derechos correspondientes a las emisiones del año anterior, puesto que esta no ha de producirse hasta el 30 de abril.

Los derechos de emisión adquiridos por la empresa en el mercado se contabilizarán en la misma cuenta que los asignados en virtud del Plan Nacional, pero valorados por su precio de adquisición, precio de compra más todos los gastos e impuestos no repercutibles necesarios para llevar a cabo dicha compra. La norma novena de la Resolución crea un apartado nuevo en la Memoria “Información sobre Derechos de emisión de gases de efecto invernadero” para incorporar información relativa al movimiento de la cuenta 216 “Derechos de emisión de gases de efecto invernadero”, en el que se indicará el saldo inicial, entradas o adquisiciones, enajenaciones u otras bajas y saldo final.

La norma sexta de la Resolución recoge el tratamiento contable del gasto en que incurre la empresa al emitir gases de efecto invernadero. A medida que la empresa vaya emitiendo dichos gases deberá reflejar el gasto derivado de la obligación de devolución de los correspondientes derechos de emisión mediante la dotación de la correspondiente provisión para riesgos y gastos, dado que se trata de un gasto del ejercicio, claramente especificado en cuanto a su naturaleza, pero que, en la fecha de cierre del ejercicio es indeterminado en cuanto a su importe exacto. Esta provisión se mantendrá hasta el momento en que la empresa tenga que cancelar dicha obligación mediante la entrega de los correspondientes derechos de emisión. Dichos gastos se devengarán a medida que se vayan emitiendo los gases de efecto invernadero. La norma décima de la Resolución establece la cuenta 658. Gastos por emisión de gases de efecto invernadero, para contabilizar los gastos derivados de la emisión de gases de efecto invernadero que se cargará con abono a la cuenta 149. Provisión por derechos de emisión de gases de efecto invernadero<sup>85</sup>, cuenta que recogerá las constituidas para atender las obligaciones de entrega de derechos de emisión, como consecuencia de la emisión por parte de la empresa de gases de efecto invernadero, cuyo pago está indeterminado en cuanto a su importe exacto, y se abonará por la estima-

---

<sup>85</sup> De acuerdo con lo dispuesto en la norma sexta de la resolución los gastos por emisión de gases figurarán en la agrupación “Otros gastos de explotación” del debe de la cuenta de pérdidas y ganancias, y las provisiones asociadas figurarán en la agrupación F) “Provisiones para riesgos y gastos a corto plazo”, del pasivo del balance. Si el importe de dichos gastos y provisiones fuese significativo, se crearán sendas partidas específicas dentro de las agrupaciones indicadas, con la denominación, respectivamente, de “Gastos por emisión de gases de efecto invernadero” y “Provisión por derechos de emisión de gases de efecto invernadero”.

ción del devengo anual con cargo a la cuenta 658 y se cargará, bien con abono a la cuenta 216, cuando se aplique la provisión, bien con abono a la cuenta 790, por el exceso de provisión.

De acuerdo con lo establecido en la citada norma sexta de la Resolución acerca del orden que debe seguirse en la cuantificación del gasto derivado de las emisiones, si la empresa mantiene en el activo derechos de emisión transferidos a su cuenta de haberes en el RENADE por la parte proporcional que corresponda de dichos derechos asignados para dicho periodo en el Plan Nacional, deberá utilizar los mismos en primer lugar para hacer frente a las obligaciones correspondientes a las emisiones que se han producido en dicho ejercicio. El gasto correspondiente a esta parte de la obligación se cuantificará en función del valor contable de los derechos de emisión transferidos. Es decir, de utilizarse las cuentas descritas en la norma décima de la resolución, se cargará la cuenta 658 “Gastos por emisión de gases de efecto invernadero” con abono a la cuenta 149 “Provisión por derechos de emisión de gases de efecto invernadero”, por el importe correspondiente al valor contable de los derechos asignados para el ejercicio en aplicación del Plan Nacional de Asignación.

Sólo si la parte proporcional de los derechos de emisión transferidos correspondientes al año anterior que conserva la empresa son inferiores a las emisiones del mismo, se asociarán al gasto los restantes derechos de emisión que figuren en el balance de la empresa. Estos derechos pueden ser, como se ha señalado, tanto los correspondientes al ejercicio en curso que se han transferido ya a la cuenta de haberes de la empresa en el RENADE y su importe se ha abonado en la cuenta 216. “Derechos de emisión de gases de efecto invernadero”, como los adquiridos por la empresa en el mercado, los generados por la misma o los sobrantes correspondientes a ejercicios anteriores que no se emplearon para su ejercicio correspondiente por ser las emisiones del mismo inferiores a los derechos asignados. El gasto correspondiente a esta parte de la obligación se cuantificará, con carácter general de acuerdo con el método del precio medio o coste medio ponderado de dichos derechos de emisión. Por tanto, en este supuesto, se cargará la cuenta 658 “Gastos por emisión de gases de efecto invernadero” con abono a la cuenta 149 “Provisión por derechos de emisión de gases de efecto invernadero”, por el importe correspondiente a la suma del valor contable de los derechos correspondientes al ejercicio anterior que conserva la empresa y el coste medio ponderado correspondiente a los derechos de emisión que obren en su haber; por conservar parte de los asignados para anteriores ejercicios, por haberlos adquirido en el mercado, generado o por haberle sido asignados en el nuevo ejercicio; que vaya a utilizar junto a los asignados por el Plan Nacional para el año anterior para cumplir con la obligación de entrega por las emisiones realizadas durante el mismo<sup>86</sup>.

---

<sup>86</sup> No compartimos la afirmación de Bilbao y Mateos, Bilbao Estrada I., y Mateos Ansótegui, A. I., “El impuesto...”. Cit. p.121, de que el importe de la dotación a la provisión, en el caso de los derechos generados, es el correspondiente al coste medio de producción, puesto que la letra b) de la norma sexta de la instrucción habla simplemente de “los restantes derechos de emisión que figuren en el balance de la empresa”, a los que hay que

Con lo cual, la Resolución establece, a nuestro parecer, un doble criterio de valoración, a la hora de cuantificar el gasto correspondiente a su entrega, de los derechos asignados por el Plan Nacional que van a servir para hacer frente a las obligaciones correspondientes a las emisiones realizadas: si se entregan para hacer frente a las obligaciones correspondientes a las emisiones del ejercicio para el que fueron asignados se valoran de forma individualizada, mientras que si se entregan para hacer frente a obligaciones correspondientes a las emisiones de ejercicios anteriores o posteriores se valoran de acuerdo con el criterio del coste medio ponderado junto con los restantes derechos que obren en el haber de la empresa.

La empresa cuenta en todo momento con la posibilidad de enajenar total o parcialmente los derechos asignados, tanto los correspondientes al ejercicio anterior como lo correspondientes al presente, desde que los mismos le son asignados hasta el momento en que haya de cumplir con la obligación de entrega por las emisiones del año anterior, y decidir con ello la proporción de los derechos adquiridos en el mercado, generados o remanentes de anteriores periodos a tener en cuenta a efectos de cuantificar el gasto correspondiente para cumplir con la obligación de entrega. La única limitación a la enajenación es la que deriva del periodo de vigencia del Plan Nacional de Asignación, finalizado el cual caducan los derechos de emisión correspondientes al mismo en el plazo de cuatro meses. El vigente Plan finaliza con el año 2012, luego los derechos sobrantes correspondientes al mismo sólo pueden enajenarse hasta el 30 de abril de 2013.

Si la emisión de gases conlleva la necesidad por parte de la empresa de adquirir o generar derechos de emisión; supuestos en los que la empresa no cuenta al cierre del ejercicio con derechos de emisión suficientes en su haber para hacer frente a la obligación de entrega y debe, en consecuencia adquirirlos en el plazo que media desde la fecha del cierre hasta la fecha prevista para la misma; la norma sexta de la Resolución prevé que deberá considerar adicionalmente el gasto que corresponda al déficit de derechos y cuantificarlo de acuerdo con la mejor estimación posible del importe necesario para cubrir el déficit de derechos<sup>87</sup>. En estos supuestos la naturaleza del gasto a considerar es el de una provisión, en concreto una provisión para Riesgos y Gastos, ya que se trata de un pasivo cuya cuantía no puede determinarse de forma cierta en el momento del cierre del ejercicio por la imposibilidad de conocer el precio de los que han de adquirirse antes del momento de la entrega; aunque como ya se ha señalado, parte de la dotación de la provisión se hará por un importe cierto, el correspondiente a los derechos de emisión con los que sí cuenta la empresa. Provi-

---

aplicar “el precio medio o coste medio ponderado de dichos derechos de emisión”, sin distinguir por tanto si han sido adquiridos, generados o asignados en periodos anteriores o en el ejercicio siguiente al cual ha de hacerse frente a la entrega por las obligaciones correspondientes a las emisiones del mismo.

<sup>87</sup> Esta norma se aplicaría también, a nuestro juicio, a los supuestos en los que la empresa, al incumplir con la obligación de entrega en el plazo establecido, incurrirá en responsabilidad por infracción y será sancionada, sin que deje por ello de estar obligada a la entrega de los derechos.

sión para la que la norma décima de la resolución prevé, como ya se ha señalado, la cuenta 149 “Provisión por derechos de emisión de gases de efecto invernadero”.

El Art. 13 del Texto Refundido de La Ley del Impuesto sobre Sociedades<sup>88</sup>, en su redacción vigente hasta el 31 del XII del 2007, establece que *“No serán deducibles las dotaciones a provisiones para la cobertura de riesgos previsibles, pérdidas eventuales, gastos o deudas probables. 2. No obstante lo establecido en el apartado anterior, serán deducibles: a) Las dotaciones relativas a responsabilidades procedentes de litigios en curso o derivadas de indemnizaciones o pagos pendientes debidamente justificados cuya cuantía no esté definitivamente establecida”*. Tal y como ha declarado la DGT *“La deducibilidad fiscal de la provisión contable está condicionada a que se haya contraído una responsabilidad cierta aunque de cuantía indeterminada en el momento del devengo del impuesto”*<sup>89</sup>. No será deducible si *“la provisión no deriva de un hecho cierto, (...), cuando es dotada, sino que en ese momento tal hecho no es más que una posibilidad futura”*<sup>90</sup>. Como señala el TEAC *“debe tratarse de deudas próximas y ciertas, aunque su cuantía no se encuentre definitivamente establecida”*<sup>91</sup>. En el caso de la dotación a la Provisión por derechos de emisión de gases de efecto invernadero, el gasto correspondiente a la entrega de los derechos de emisión es cierto, si bien su importe no lo es en el caso de que en el momento de su dotación la empresa no cuente aún con derechos suficientes para hacer frente al mismo. En este caso, en los términos que emplea la Audiencia Nacional para admitir la deducibilidad de las dotaciones a la provisión, *“las ‘responsabilidades’ que pueden ser dotadas tienen un sustento jurídico que hace presumir la realidad del compromiso contraído por la sociedad, pues contempla la existencia de ‘litigios en curso’ y de ‘indemnizaciones o pagos’, ya reconocidos y exigibles, pero ‘pendientes’ y plenamente ‘justificados’...”*<sup>92</sup>. La nueva redacción, vigente a partir del 1 de enero del 2008 e introducida por la disposición adicional octava de la Ley 16/2007, de 4 julio, BOE 5 julio 2007, núm. 160, establece que *“No serán deducibles los siguientes gastos: a) Los derivados de obligaciones implícitas o tácitas”*; lo que, a nuestro modo de ver, no alterará el carácter deducible de la dotación a la provisión que nos ocupa.

Las normas cuarta y quinta de la Resolución del ICAC establecen los criterios de valoración inicial y posterior de los derechos de emisión. Se recoge el principio general del precio de adquisición previsto en la primera parte, “Principios Contables”, del Plan General de Contabilidad y desarrollado, en lo que al Inmovilizado Inmaterial se refiere, en la norma de valoración segunda (por remisión de la norma de valoración cuarta) contenida en la quinta parte del Plan General de Contabilidad. Cuando se trate de derechos de emisión adquiridos a título gratuito, en particular los transferi-

<sup>88</sup> Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 marzo, BOE 11 marzo 2004, núm. 61.

<sup>89</sup> Resolución núm. 2530/2003 de 30 diciembre, Aranzadi JUR 2004\85648.

<sup>90</sup> Resolución núm. 814/2003 de 13 junio, Aranzadi JUR 2003\205734.

<sup>91</sup> Resolución de 25 septiembre 1998, Aranzadi JT 1998\1760.

<sup>92</sup> Sentencias de 16 diciembre 2004, Aranzadi JT 2005\1464, y Sentencia de 21 noviembre 2002, Aranzadi JT 2003\297.

dos en virtud de un Plan Nacional de asignación, se ha de considerar que dicho precio de adquisición es el valor venal de los derechos de emisión en el momento de su incorporación al patrimonio de acuerdo con lo establecido en la norma segunda: el comienzo del año natural al cual correspondan. Tal y como señalan Bilbao y Mateos, a la hora de concretar el valor de mercado al comienzo del año natural que, de acuerdo con la norma segunda de la instrucción, constituye, “con carácter general” el valor venal por el que han de contabilizarse los mismos, se plantean diversas posibilidades, tanto por la existencia de diferentes mercados de derechos de emisión como por el momento concreto que ha de tomarse como referencia, 1 de enero o primer día de cotización del año, y la cotización que ha de tomarse en dicha fecha: inicio, cierre, cualquiera o media del día<sup>93</sup>.

Teniendo en cuenta que este activo inmaterial no se encuentra sometido a un proceso de depreciación sistemático, la norma quinta de la Resolución establece su carácter no amortizable. No obstante, *“Deberán dotarse las provisiones necesarias con el fin de atribuirles el inferior valor de mercado que les corresponda al cierre de cada ejercicio, siempre que su valor contable no sea recuperable por la generación de ingresos suficientes para cubrir todos los costes y gastos. Sin perjuicio de lo dispuesto en la norma Séptima de la presente Resolución, las provisiones se anularán en la medida en que desaparezcan las causas que motivaron la corrección del valor de los derechos de emisión”*. Dichas provisiones se dotarán tanto cuando el valor de mercado de los derechos sea inferior al valor contable de los asignados por el Plan, como cuando sea inferior al de los derechos adquiridos por la empresa en el mercado, y serán aplicadas de la misma forma, tanto si la empresa está en el ámbito de aplicación de la Resolución como si no los está. Tal y como afirman Bilbao y Mateos<sup>94</sup>, pese a que las provisiones por depreciación del inmovilizado inmaterial no están reguladas en el art.12 del Texto Refundido del Impuesto de Sociedades, ello no significa que el gasto correspondiente a su dotación no sea fiscalmente deducible, siempre que, de conformidad con lo establecido en el Art.10.3 del Texto Refundido, sea conforme con lo establecido por el PGC. Por lo tanto, la dotación a la provisión por la cuantía resultante de la diferencia entre el valor de mercado a 31 de diciembre y el valor contable de los derechos, sea el valor de adquisición o el valor venal al comienzo del ejercicio por el que fueron asignados, será fiscalmente deducible.

El reflejo contable de la asignación de los derechos a la empresa por parte del Plan Nacional ocasionará, como se ha apuntado, el correspondiente registro de un ingreso a distribuir en varios ejercicios asociado al mismo, bajo la consideración de que la transferencia de derechos de emisión a las empresas, sin contrapartida, supone una subvención por parte de la Administración a las empresas (materializada a través de la recepción de los derechos transferidos), de unos costes que estaban externalizados y que se internalizan en el nuevo marco jurídico aprobado.

<sup>93</sup> Bilbao Estrada I., y Mateos Ansótegui, A. I., “El impuesto...”. Cit. p.112.

<sup>94</sup> Bilbao Estrada I., y Mateos Ansótegui, A. I., “El impuesto...”. Cit. p.118.

En la norma séptima de la Resolución del ICAC se recoge el tratamiento de la imputación de la subvención correspondiente a los derechos de emisión que hayan sido recibidos por la empresa de forma gratuita o por un valor sustancialmente inferior a su valor venal en aplicación del Plan Nacional de Asignación. Según la misma, las subvenciones de carácter no reintegrable asociadas a derechos de emisión, adquiridos a título gratuito o por un valor sustancialmente inferior a su valor venal, se contabilizarán como “Ingresos a distribuir en varios ejercicios”<sup>95</sup> y se imputarán, como ingresos extraordinarios, conforme se imputen a resultados los gastos derivados de las emisiones de gases relacionadas con los derechos de emisión subvencionados, de acuerdo con lo dispuesto en la norma Sexta de la Resolución. Por lo tanto, se abonará un ingreso conforme vaya cargándose la cuenta 658 “Gastos por emisión de gases de efecto invernadero” por el valor de los derechos inicialmente asignados que son entregados para hacer frente a las emisiones, con el correspondiente cargo de la cuenta 216. “Derechos de emisión de gases de efecto invernadero”. Mientras los derechos asignados no se entreguen, no constituirán ingreso ni gasto para la empresa y se mantendrán contabilizados en dicha cuenta como “Inmovilizado Inmaterial”, así como su contrapartida de subvención en la cuenta “Ingresos a distribuir en varios ejercicios”. Con ello, el ingreso correspondiente a la periodificación de la subvención se sincronizará con el gasto correspondiente a la obligación de entrega de los derechos asignados por el Plan Nacional, con lo que no tendrá efectos en el resultado contable ni, en función de ello, en el Impuesto sobre Sociedades.

Conviene notar que la transmisión de los derechos, tanto de los generados como de los adquiridos en el mercado no dará lugar, según dispone la norma séptima de la Resolución, a la imputación como ingreso extraordinario de la parte del ingreso a distribuir entre varios ejercicios en concepto de subvención derivado de la asignación de derechos por parte del Plan Nacional, y ello aún cuando dichos derechos se entreguen para hacer frente a las obligaciones correspondientes a las emisiones realizadas. En cambio sí dará lugar a dicha imputación la contabilización del gasto por emisiones al que se vaya a hacer frente con la entrega de derechos de emisión asignados por el Plan Nacional correspondientes tanto al periodo en cuestión como a periodos anteriores o al posterior, según el orden establecido en la norma sexta, ya

---

<sup>95</sup> Bilbao y Mateos cuestionan lo adecuado de de la elección de una cuenta del grupo 1, en lugar de una cuenta de ingresos corrientes del grupo 7. En su opinión, si a una empresa se le asignara un número de derechos igual o inferior a sus emisiones y no opera con ellos o se limita a venderlos, no habría diferencia entre el empleo de una u otra cuenta, ya que se periodificaría por el total asignado a la fecha de la venta o al final del año. El problema se plantea en el supuesto de que la empresa tenga derechos asignados sobrantes, lo que sólo se podría producir, de acuerdo con la regla contenida en la norma sexta de la Resolución antes citada, que sus emisiones han sido inferiores a los derechos asignados en el Plan y que no los ha enajenado; en este caso los mismos podrían utilizarse al año siguiente -siempre, de nuevo de acuerdo con lo dispuesto en la norma sexta de la Instrucción, que las emisiones de dicho año sean superiores a los derechos asignados para el mismo- y sería necesario contar con una cuenta de ingreso que se mantenga en el balance de la empresa el año siguiente. p.112.

que la Resolución establece que se impute dicho ingreso “conforme se imputen a resultados los gastos derivados de las emisiones de gases relacionadas con los derechos de emisión subvencionados (no, por tanto con los adquiridos en el mercado o generados), de acuerdo con lo dispuesto en la norma Sexta de esta Resolución”. En función de lo cual será necesario determinar, a efectos de imputar a resultados la subvención, qué parte del gasto contabilizado por emisiones que se imputa a resultados se cubre con los derechos de emisión subvencionados que se asignaron para dicho ejercicio y qué parte se cubre con derechos adquiridos o generados, pues sólo la primera dará lugar a la imputación de la subvención. Ello requerirá un cálculo particular por la parte que, de acuerdo con la norma sexta 2 b) de la Resolución, se cubra con derechos subvencionados remanentes de años anteriores, asignados por el año siguiente y adquiridos o generados, puesto que en estos casos la norma establece que “El gasto correspondiente a esta parte de la obligación se cuantificará, con carácter general de acuerdo con el método del precio medio o coste medio ponderado de dichos derechos de emisión”, como ya se ha expuesto.

De acuerdo con lo dispuesto en la citada norma séptima de la Resolución, tampoco dará lugar a la imputación como ingreso extraordinario de la parte del ingreso a distribuir entre varios ejercicios en concepto de subvención derivado de la asignación de derechos por parte del Plan Nacional, la transmisión de los derechos de emisión subvencionados, asignados por el Plan nacional; en la medida en que al haber sido transmitidos no se van a “relacionar” con la imputación a resultados de “los gastos derivados de las emisiones de gases”. En estos supuestos, si tras la transmisión la empresa no necesita utilizar los derechos de emisión enajenados para entregarlos, se incrementará el resultado de la misma por el importe del ingreso obtenido en la enajenación, puesto que la empresa no ha afrontado ningún gasto en relación con su adquisición; si, por el contrario, la empresa tras la transmisión se ve obligada a adquirir o generar nuevos derechos para hacer frente a las obligaciones de entrega, el ingreso se compensará con el gasto correspondiente a la adquisición o generación de nuevos derechos, produciendo un beneficio, si aquél es mayor, o una pérdida, si aquél es menor.

Si, por último, la empresa tras la transmisión se ve obligada a utilizar los derechos asignados para el año siguiente para hacer frente a las obligaciones de entrega correspondientes al año para el que fueron asignados los derechos de emisión enajenados, la situación de la empresa en términos de resultados sería la misma que en el primer caso, se incrementará el resultado de la misma por el importe del ingreso obtenido en la transmisión, puesto que la misma no ha afrontado ningún gasto en relación con su adquisición y el gasto contabilizado por la entrega de los derechos del año siguiente se compensará, de acuerdo con lo dispuesto en la norma séptima, con la imputación del ingreso extraordinario de la subvención por los derechos entregados que han sido objeto de asignación. La diferencia con el primer supuesto es que traslada al ejercicio siguiente, aquel por el que se asignaron los derechos que la empresa ha preferido utili-

zar para hacer frente a las obligaciones del ejercicio anterior, el gasto correspondiente a la adquisición o generación de los derechos que pudieran ser necesarios para hacer frente a las obligaciones de entrega correspondientes a las emisiones del mismo. Si dicha adquisición o generación no es finalmente necesaria dicho gasto no se llegará a producir. Si lo es, se generará un gasto que no será compensado por la imputación del ingreso extraordinario correspondiente a la subvención.

Por último, la norma séptima de la Resolución establece que las depreciaciones que puedan afectar a los derechos de emisión, producirán la imputación a resultados de la subvención correspondiente en proporción a las mismas, considerándose en todo caso de naturaleza irreversible en la parte en que estos derechos hayan sido financiados gratuitamente.

Las normas octava y novena establecen, respectivamente, el tratamiento contable de los gastos por sanciones que deban dotarse para hacer frente a obligaciones derivadas de sanciones relacionadas con las infracciones que haya podido cometer una empresa, que se calificarán como gastos extraordinarios, así como la información mínima que, siempre que sea significativa, debe incluirse en la memoria de las cuentas anuales.

Las empresas no incluidas en el Plan Nacional de Asignación no contabilizarán los derechos de emisión que adquieran con la finalidad de negociar con ellos como un Inmovilizado Inmaterial, sino como un Inmovilizado Financiero sujeto, en función de ello, a diferentes criterios de valoración. A los mismos, como títulos valores negociables admitidos a cotización en un mercado secundario organizado, les será de aplicación lo establecido en la norma 8ª del PGC, que obliga a contabilizar los mismos por su precio de adquisición, incluidos los gastos inherentes a la operación, valorando las enajenaciones por el precio medio o coste medio ponderado, al constituir los derechos de emisión correspondientes a un mismo Plan grupos homogéneos de valores, al incorporar los mismos derechos. Bilbao y Mateos<sup>96</sup> subrayan la diferencia de valoración de los derechos aplicables a ambos tipos de empresas, valoración individualizada para las empresas del Plan frente a coste medio ponderado para las restantes. No obstante, como ya se ha señalado, el criterio del coste medio ponderado es aplicado también a las empresas emisoras de acuerdo con lo dispuesto en la norma sexta de la Resolución, en los supuestos en los que, para hacer frente a la obligación de entrega de los derechos correspondientes a las emisiones realizadas, no cuenten con un número suficiente de derechos asignados por el Plan para aquel ejercicio y deban emplear los correspondientes al ejercicio siguiente, a los adquiridos en el mercado o a los sobrantes de ejercicios anteriores, aplicando a estos dicho criterio. De hecho, si la empresa enajena la totalidad de sus derechos antes de la entrega de los mismos para hacer frente a las obligaciones correspondientes a las emisiones del año por el que fueron asignados, la valoración de la totalidad de los derechos a entregar se realizará utilizando el criterio del coste medio ponderado.

---

<sup>96</sup> Bilbao Estrada I., y Mateos Ansótegui, A. I., "El impuesto...". Cit. p.115.

Bilbao y Mateos<sup>97</sup> se plantean la posibilidad de que las empresas incluidas en el Plan nacional de Asignación contabilicen los derechos de emisión adquiridos con la finalidad de especular con ellos, no con la de cubrir las emisiones de gases realizadas, como Inmovilizado Financiero, al igual que las empresas no incluidas en el plan. Para estos autores, de reclasificarse de Inmovilizado material en financiero, el problema surgiría cuando la empresa emisora tuviera que hacer frente a un exceso de emisiones no previsto con los derechos contabilizados como inmovilizado financiero. En ese caso, señalan, sería necesario contabilizarlos de nuevo como inmovilizado inmaterial teniendo en cuenta los valores contables netos de los elementos, en la medida en que, como inmovilizado financiero, tal y como se ha señalado, pueden estar afectados por diferentes criterios de contabilización. A nuestro modo de ver, más allá de la dificultad señalada por estos autores, dicha contabilización, aunque pudiera ciertamente proporcionar una información adicional útil como ellos señalan, entraría en contradicción con lo dispuesto en la norma tercera números 1 y 2 de la Resolución del ICAC que resulta vinculante para dichas empresas. En el citado número 2 de la misma, tal y como se ha señalado, se establece que “Los derechos de emisión figurarán en el epígrafe B.II Inmovilizaciones inmateriales del activo del balance, creándose una partida específica con la denominación “Derechos de emisión de gases de efecto invernadero”, sin distinguirse entre los asignados de acuerdo con el Plan Nacional a los que se hace referencia en la letra a) del número 1 y los adquiridos o generados por la empresa a los que hace referencia la letra b) del mismo número; con independencia de que hayan sido adquiridos (o generados) con una u otra finalidad.

### **Bibliografía**

- Álvarez Arroyo, R., “El Impuesto Especial sobre el Carbón”. *Noticias de la Unión Europea*, Núm. 268, Mayo 2007.
- Bilbao Estrada I. y Mateos Ansótegui A., “Régimen Tributario de los derechos de emisión de CO<sub>2</sub>” *CISS Tribuna Fiscal*. núm. 190-191. 2006.
- “El impuesto sobre Sociedades y los derechos de Emisión de gases de efecto invernadero” *Revista de Contabilidad y Tributación*. núm. 285. Diciembre 2006.
- Bilbao Estrada I. y Rodríguez Márquez J., IVA y derechos de emisión: especial referencia a su utilización como instrumento de fraude. En *Crónica Tributaria*. Núm. 136/2010.
- Buñuel González M., “El uso de instrumentos económicos en la política de medio ambiente”. CES. Madrid.
- Esteban Paúl A., “Tributación de los productos financieros derivados”. *Crónica Tributaria*. Núm. 107. 2003.

<sup>97</sup> Bilbao Estrada I., y Mateos Ansótegui, A. I., “El impuesto...”. Cit. p.128.

- Esteve Pardo J., "El mercado de títulos administrativos", en *Estudios de Derecho Público Económico. Libro homenaje al Prof.Dr. D. Sebastián Martín Retortillo*, Cívitas. Madrid. 2003.
- G. Franco Y. y Herrera Molina P., "Los nuevos instrumentos económicos para el fomento de energías renovables desde la perspectiva del Derecho financiero comunitario". *Noticias de la Unión Europea*. Núm.237. 2004.
- López Gordo M., y López Gordo, J. F., "Pautas generales de funcionamiento del MEDE. Análisis desde una perspectiva contable. *Estudios Financieros. Revista de Contabilidad y Tributación*. núm.263. 2005.
- Marín Zamora M. P. "La contabilidad del mercado de emisiones de CO2. Consecuencias del protocolo de Kyoto", *Técnica Contable*. Núm. 2005.
- Ordóñez de Haro C. y Rivas Sánchez C., "Los nuevos impuestos ecológicos andaluces". *Revista Técnica Tributaria*. núm.71.
- Recalde Castells, A., "Los valores negociables ¿Concepto delimitador del Derecho del mercado de valores?" en *Instituciones del Mercado Financiero*. V. 5. Alonso Ureba A.. y Martínez-Simancas J. (Directores). Banco Santander Central Hispano. 1999.
- Rosembuj González-Capitel F., "La calificación jurídica de la unidad de carbono: qué son y qué pueden llegar a ser en derecho español", *Revista Interdisciplinaria de Gestión Ambiental*, núm.44-45, agosto-septiembre 2002,
- "El mercado financiero de derivados de derechos de emisión. *Revista interdisciplinaria de gestión ambiental*, junio 2004.
- Sanz Rubiales, I. "Una aproximación al nuevo mercado de derechos de emisión de gases de efecto invernadero", *REDA* núm.125, 2005. pp.35-39.
- Sánchez Gallardo F., (Dir. y Coord). "Guía del Impuesto sobre el Valor Añadido". CISS.
- Uría R., Menéndez A. y Pérez de la Cruz A., "Capítulo 80. Del título valor en general: concepto y caracteres" en *Curso de Derecho mercantil. VII. la contratación mercantil. Derecho de los valores. Derecho concursal. Derecho de la navegación*. Uría R. y Menéndez A. Cívitas. Madrid. 2001.